

Lehrbuch Verbraucherrecht

Martin Schmidt-Kessel

Meiner Familie und meinem Team!

Vorwort

Das Verbraucherecht befindet sich im Wandel. Sein intra-disziplinärer Grundansatz erfordert breite Informiertheit und einen breiten Blick auf die vielfältigen Gegenstände. Das heute hier vorgelegte Lehrbuch kann dazu nicht mehr als einen winzigen bescheidenen Beitrag zu Grundstrukturen im deutschen Recht leisten. Zugleich bringt es für mich einen im Herbst 2010 mit dem Wechsel nach Bayreuth eingeleiteten Prozeß zum Abschluß. Der Text befindet sich weitgehend auf dem Stand vom Herbst 2017.

Die Zahl derer, denen hier zu danken wäre ist übergroß. Das gilt zunächst für meine Familie, welche ständig ertragen muß, daß ich mit dem Kopf wo anders bin. Mein einmaliges Lehrstuhlteam hat unzählige Anregungen zu Grundstrukturen des Verbraucherrechts gegeben und mich getragen.

Stefan Leible und Markus Möstl haben das Buch angeregt. Das BMELV (später des BMJV) und Ilse Aigner als seinerzeit für den Verbraucherschutz verantwortliche Bundesministerin haben großzügig unterstützt. Hervorgegangen ist das Buch in erster Linie aus meinen Bayreuther Lehrveranstaltungen seit 2010. Viele Kollegen aller Fächer unserer tollen Fakultät haben mich durch Anregungen, Hinweise und Korrekturen dabei unterstützt.

Vergelt's Gott!

Bayreuth, 1. August 2018

Martin Schmidt-Kessel

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Kapitel 1: Was ist Verbraucherrecht?	1
I. Verbraucherrecht oder Verbraucherschutzrecht?	2
1. Verbraucherrecht als Sonderrecht für Privatleute	3
2. Verbraucherschutzrecht als Gruppenschutz	4
II. Verbraucherrecht als Mix der Instrumente	5
1. Mix der juristischen Disziplinen	5
2. Subjektive Rechte des Verbrauchers?	9
3. Überindividuelle Maßnahmen der Prävention, der Kompensation und der Repression	11
4. Bedeutung von Transformationsnormen	17
III. Verbraucherrecht als Ungleichbehandlung	19
IV. Normbestand des deutschen Verbraucherrechts	23
1. Keine Kodifikation	23
2. Begrifflich-normative Erfassung des Normbestandes	25
3. Funktionales Verbraucherrecht	28
V. Verbraucherrecht als Disziplin	31
VI. Verbraucherrecht und Verbraucherpolitik	33
VII. Verbraucherrecht und Verbraucherwissenschaften	35
Kapitel 2: Ziele des Verbraucherrechts	41
I. Verbraucherschutz und Verbraucherinteressen	42
1. Steuerung über die Nachfrage	43
2. Verbraucherschutzzweck	45
3. Verhältnis beider Zielsetzungen zueinander	46
II. Schutzziele des Verbraucherrechts	49
1. Versorgungssicherheit	50
2. Preisfairneß	54
3. Schutz der körperlichen Integrität	62
4. Schutz des Vermögens und sonstiger Präferenzen	65
5. Schutz der personalen Integrität	73

III.	Autonomie als Ziel oder Instrument?	75
IV.	Verbraucherrecht zur Förderung von Verbraucherinteressen	79
Kapitel 3: Verbraucherbegriff		83
I.	Auswahl des Personenkreises	85
II.	Private Zweckbestimmung als Kern des Verbraucherbegriffs	87
	1. Einzelfallprüfung	87
	2. Maßgeblichkeit des privaten Zwecks	88
	3. Keine Beschränkung auf Nachfrager	90
	4. Darlegungs- und Beweislast	93
III.	Grenzfälle der privaten Zweckbestimmung	95
	1. Scheinverbraucher und Scheinunternehmer	95
	2. Unternehmerische Tätigkeit zu privaten Zwecken?	98
	a. Grenzen des Verbraucherrechts bei der Vermögensanlage	98
	b. Personalsicherheiten durch die Unternehmensleitung oder Inhaber	99
	c. Existenzgründer	100
	3. Handeln zu gemischten Zwecken	100
	4. Produktives Verbraucherhandeln und Co-Creation?	102
	5. Arbeitnehmer als Verbraucher?	103
	a. Unselbständige Arbeit als privater Zweck	104
	b. Verbraucherschutz im Arbeitsverhältnis	104
IV.	Beschränkung auf natürliche Personen	106
	1. Ausschluß juristischer Personen	107
	2. Behandlung von Personenmehrheiten	108
	3. Verbraucher in Gesellschaft bürgerlichen Rechts	109
	4. Verbraucherschutz bei Wohnungseigentümern	110
	5. Analogie bei Idealvereinen und Non-Profit-Einrichtungen?	111
V.	Art der Tätigkeit des Verbrauchers	112
VI.	Unternehmer als Gegenüber	113
VII.	Einschaltung Dritter	116
	1. Vertretung des Verbrauchers	116
	2. Der Verbraucher als Vertreter	116
	3. Zurechnungen auf Unternehmerseite	117
	4. Agenturgeschäfte und Umgehungssituationen	118
VIII.	Andere Verbraucherbegriffe	120

IX.	Verbraucherrecht ohne Verbraucherbegriff	121
Kapitel 4:	Privatrecht als Instrument des Verbraucherschutzes	123
I.	Funktionen von Zivilrecht und Verbraucherrecht	124
1.	Die klassische Grundordnung des Privatrechts	124
2.	Funktionen des Verbraucherrechts	125
3.	Instrumentalisierung und Materialisierung von Privatrecht	126
II.	Divergierende Strukturen und Leitideen	128
1.	Strukturprinzipien des Privatrechts	128
2.	Strukturprinzipien des Verbraucherrechts	129
3.	Trennung und Integration	130
Kapitel 5:	Verbraucherschutz durch Verwaltungsrecht	135
I.	Funktionen des Verwaltungsrechts im Verbraucherschutz:	
	Standards und Durchsetzung	136
1.	Verwaltungsrechtliche Standards und deren Durchsetzung	138
2.	Durchsetzung zivilrechtlicher Standards	140
3.	Behördliche Standardsetzung und Durchsetzung dieser Standards	141
4.	Behördliche) Schlichtungsstellen und verwaltungsrechtlicher Verbraucherschutz	141
II.	Behördenstrukturen im Verbraucherschutz	144
1.	Allgemeine Behörden mit Verbraucherschutzfunktion	144
2.	Unzureichende Eignung der bestehenden Behörden	146
3.	Landesämter für Verbraucherschutz als Alternative	147
III.	Befugnisse verbraucherschützender Verwaltungsbehörden	148
1.	Ermittlungsbefugnisse	149
2.	Standardmaßnahmen des Verbraucherschutzes	152
a.	Beanstandungs-, Untersagungs- und Beseitigungsanordnungen	153
b.	Eingriff in die Binnenorganisation	155
c.	Unternehmensschließung	157
d.	Öffentliche Warnungen	158
3.	Generalklausel für administrativen Verbraucherschutz	159
4.	Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten	161
IV.	Subsidiarität behördlichen Eingreifens zum Schutz privater Rechte	162
V.	Sonderfragen der Verhältnismäßigkeit	165

Kapitel 6: Verbraucherschutz durch Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht	167
I. Verbraucherschutz als strafrechtliches Rechtsgut?	170
II. Verbraucherrelevanter Rechtsgüterschutz durch Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht	173
1. Versorgung und Zugang	173
2. Preisfairneß	174
3. Körperliche Integrität	177
4. Vermögens- und sonstiger Präferenzenschutz	180
5. Personale Integrität	185
III. Verantwortung von Leitungspersonen in Unternehmen	187
 Kapitel 7: Lauterkeitsrecht als Instrument des Verbraucherschutzes	 189
I. Schutzzwecke des Lauterkeitsrechts	189
II. Anwendungsbereich	191
III. Klagebefugnisse und andere subjektive Rechte	193
IV. Die Abmahnung als außergerichtliche Selbsttitulierung	194
V. Originärer lauterkeitsrechtlicher Schutz	195
VI. Lauterkeitsrechtliche Rechtsdurchsetzung	197
1. Der Rechtsbruchstatbestand des § 3a UWG	197
2. Irreführung durch unterlassene Information, § 5a IV UWG	201

Kapitel 1: Was ist Verbraucherrecht?

Literatur: *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher. Systemkonforme Weiterentwicklung oder Schrittmacher der Systemveränderung, Berlin 1983; *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, München 1982; *Kenning*, Verbraucherwissenschaften – begriffliche Grundlagen und Status quo, in *Kenning/Oehler/Reisch/Grugel* (Hrsg.) Verbraucherwissenschaften. Rahmenbedingungen, Forschungsfelder und Institutionen. Wiesbaden 2017, 2 ff.; *Micklitz*, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?, Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentags München 2012, Band I: Gutachten, A1 ff.; *Reymann*, Das Sonderprivatrecht der Handels- und Verbraucherverträge, Tübingen 2009

Deutschland kennt derzeit **keine** allgemein verbindliche oder **allgemein anerkannte Definition** des Verbraucherrechts. Vielfach werden darunter die ¹ Sondervorschriften des Verbrauchervertragsrechts in den §§ 312 ff., 355 ff., 310 III BGB sowie die bei den einzelnen Vertragstypen angefügten Sonderregeln – etwa §§ 474 ff., 491 ff., 651a ff. BGB – verstanden.¹ Tatsächlich geht Verbraucherrecht begrifflich und gegenständlich deutlich über das Verbrauchervertragsrecht hinaus und befaßt sich auch etwa mit hoheitlich präventivem Verbraucherschutz etwa durch Berufszulassungsregeln oder behördliche Eingriffe unter Allgemeinem oder Besonderem Gefahrenabwehrrecht.² Auch Ordnungswidrigkeiten- und Strafrecht gehören zu den Instrumenten des Verbraucherschutzes.³

Immerhin hat sich das Verbrauchervertragsrecht als maßgebend für die **Begriffsentwicklung** des Verbrauchers etabliert: Die weitgehend auf Vorgaben ² des Europarechts zurückgehende Definition des § 13 BGB ist primär auf die Beteiligung von Verbrauchern an Verträgen ausgerichtet, entfaltet aber erhebliche – normative, systematische und wissenschaftliche – Wirkungen für die generelle Begriffsbildung im Verbraucherrecht. Ohne die detaillierte Auseinandersetzung um diese Begriffsdefinition hier vorwegnehmen zu können (dazu unten Kapitel 3), läßt sich die gesetzliche Definition des Verbrauchers dahingehend zusammenfassen, daß der Verbraucher als Privatperson am

¹ Erheblich präziser dankenswerterweise *Bülow/Artz* die bereits im Titel ihres Werkes den Gegenstand auf das „Verbraucherprivatrecht“ begrenzen.

² Ausgangspunkt einer allgemeineren wissenschaftlichen Befassung bilden die beiden Staatsrechtslehrertagungsvorträge *Hellermann*, VVDStRL 70 (2010) 366 ff. und *Durner*, VVDStRL 70 (2010) 401 ff.

³ Siehe vorerst nur *Verghe*, Der Maßstab der Verbrauchererwartung im Verbraucherschutzstrafrecht, Freiburg 2009 sowie *Vogel*, Verbraucherschutz durch strafrechtliche Produkthaftung, GA 1990, 241-264. Ferner aus dem Ordnungswidrigkeitenrecht etwa § 147b GewO für die Annahme von Entgelten für Pauschalreisen ohne Sicherungsschein.

Rechtsverkehr teilnimmt. Verbraucher ist daher kein „Stand“ und kein allgemein wirkender Status, sondern eine Funktion der Person, an die besondere Regeln angeknüpft werden.

I. Verbraucherrecht oder Verbraucherschutzrecht?

- Die Unsicherheit in der Bezeichnung des Rechtsgebiets spiegelt den Umstand, daß bereits die Grundausrichtung des Rechtsgebiets nicht gesichert ist. Handelt es sich um ein **Sonderrecht** zur besseren Beantwortung sektoraler Sonderbedarfe (Verbraucherrecht) **oder** um ein **Schutzrecht** für eine Gruppe mit besonderen Schutzbedürfnissen (Verbraucherschutzrecht)? Bereits die Spiegelbildlichkeit der Formulierung wie auch der Verweis auf die Sonderheit (Spezialität – mit Eröffnung der entsprechenden systematischen Argumentationsmuster) verdeutlicht, daß es bei der begrifflichen Einordnung des Rechtsgebiets in erster Linie um **Akzentsetzungen** und **Regelungsziele** geht. Diese verschlüsseln jeweils auch divergierende Telea und sind Ausdruck von Auseinandersetzungen um die Deutungshoheit der Normkomplexe.

Die große Zweiteilung der Zielsetzungen von verbraucherrechtlichen Regelungen in Verbraucherschutz und Verbraucherinteressen (dazu unten Kapitel 2 Rn. 91 ff.) ist dieser Differenzierung verwandt und hat zum gelegentlich aufflammenden Streit um die richtige Bezeichnung des Rechtsgebiets sicher viel beigetragen. Eine Identität mit den divergierenden Akzentsetzungen von Verbraucherrecht und Verbraucherschutzrecht besteht aber nicht. Im Gegenteil sind auch gerade die Sonderrechtsthese mit Schutzideen und das Verbraucherschutzrecht mit Steuerungsideen via Verbraucherinteressen verbunden.

- Überholt** erscheint demgegenüber die von *Reich* und *Micklitz* für das Europäische Recht der Verbraucher vorgeschlagene Begriffsverwendung. Das gilt insbesondere für die Verneinung der Einordnung unionsrechtlicher Regelungen als Verbraucherschutzrecht. Zur Begründung wird von den Autoren angeführt, der in seinen Kompetenzen beschränkte europäische Gesetzgeber sei an einer **sozialpolitischen Ausgestaltung** verbraucherrelevanten Rechts gehindert und nur in dieser Zielsetzung könne von Verbraucherschutzrecht gesprochen werden. Die dem europäischen Gesetzgeber möglichen Regelungen erfaßten allein die Regelung des **Marktverhaltens** der Beteiligten und damit allein Verbraucherrecht.

An dieser Argumentation ist zunächst zutreffend, daß die wirtschaftspolitischen Befugnisse – und damit auch die Möglichkeiten einer Umgestaltung der Wirtschaftsordnung im Sinne einer zumindest bei *Reich* zugrundeliegenden Klassentheorie – des Unionsgesetzgebers im Hinblick auf Verbraucher und deren Interessen sehr eingeschränkt sind und sich ausweislich Art. 169 II lit. b AEUV auf „Maßnahmen zur Unterstützung, Ergänzung und Überwachung der Politik der Mitgliedstaaten“ beschränken. Die vorgeschlagene Begrifflichkeit übergeht freilich die von den

Europäischen Verträgen eingeführte Terminologie, welche gerade die – den Freiheiten des Binnenmarktes komplementären – Regeln des Marktverhaltens zur Vermeidung der durch die Freiheit induzierten Risiken für Verbraucher als Verbraucherschutz bezeichnet, Art. 38 GRCh, Artt. 12, 169 AEUV. Die von den Autoren vorgeschlagene Begrifflichkeit ist in diesem Sinne mindestens mißverständlich und bereits auf der europäischen Ebene nicht geeignet, die hier behandelten Normgruppen angemessen zu erfassen. Erst recht gilt dies für das nationale Recht.

1. Verbraucherrecht als Sonderrecht für Privatleute

Die Bezeichnung Verbraucherrecht setzt den Akzent auf die **sonderrechtliche Einordnung**. Solche Sonderrechte lassen sich als Normgruppen für besondere Lebensbereiche einordnen, die gegenüber den allgemeinen Regeln – in der Regel Kraft Spezialität – Vorrang genießen.⁴ Auch wenn sich der Sonderrechtscharakter für das als Sonder(privat)recht anerkannte Handelsrecht⁵ in einer Kodifikation niederschlägt, kommt einer solchen formalen Ausgliederung zwar eine gewisse Indizwirkung für eine sonderrechtliche Einordnung zu, ausschlaggebend ist sie jedoch nicht.⁶ Daß das deutsche Recht anders als viele andere Europäische Rechtsordnungen nicht über eine verbraucherrechtliche Kodifikation verfügt,⁷ schließt eine sonderrechtliche Einordnung der Materie als (Sonder-)Verbraucherrecht also nicht aus.

In dieser Perspektive reagiert das Verbraucherrecht dementsprechend auf die spezifischen Gegebenheiten bei der **Beteiligung von Privatleuten** am Rechtsverkehr. Diese spezifischen Gegebenheiten ergeben sich etwa aus der Massenhaftigkeit der zu schließenden und abzuwickelnden Vertragsverhältnisse,

⁴ In diesem Sinne für die Sonderprivatrechte *Reymann* 105 ff.

⁵ Statt aller *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. München 2006, § 1 Rn. 1 f. (mit dem berechtigten Hinweis, daß die maßgebende Personengruppe für das HGB mit Kaufleute zu eng gefaßt ist). Bereits im Hinblick auf das Handelsregisterrecht und dessen Regulierungs- und Aufsichtsfunktion (s. Schmidt-Kessel/Leutner/Müther/*Schmidt-Kessel*, Handelsregisterrecht, München 2010, Einleitung Rn. 2) und die damit vorhandenen wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Elemente, ist die verbreitete privatrechtliche Einordnung des HGB freilich nicht frei von Zweifeln.

⁶ *Reymann* 109 ff.

⁷ Siehe insbesondere das österreichische Konsumentenschutzgesetz, den italienischen *Codice del consumo* und den französischen *Code de la consommation*. Für eine ebenso wirkmächtige wie umstrittene theoretische Grundlegung dazu s. *Irti*, „Codici di settore“: compimento della „decodificazione“, in Sandulli (Hrsg.), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Mailand 2005, 17-21 sowie *Irti*, ‘Codici di settore’: compimento della ‘decodificazione’, *Diritto e società* 2005, 2, 131-35; für die Gegenauffassung etwa *Alpa*, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, *Riv.dir.civ.* 2006, 351 ff.

aus der besonderen Kostenstruktur bei Verbrauchern aber auch aus deren abweichendem Kommunikationsverhalten. Es geht dabei weniger um Schutz als um eine angemessene Behandlung der entstehenden Rechtsverhältnisse auf der Basis dieser Besonderheiten.

Gerade aus dieser Perspektive muß Verbraucherrecht auch nicht zwingend oder halbzwingend ausgestaltet sein.⁸ So wäre es etwa denkbar, die besondere Gefahrtragungsregel in § 474 IV BGB dispositiv auszugestalten, ohne den spezifisch verbraucherrechtlichen Kern derselben aufzugeben.

2. Verbraucherschutzrecht als Gruppenschutz

Die Bezeichnung Verbraucherschutzrecht betont hingegen den – typisierten –

7 **Schutz des definierten Personenkreises.** Die Risiken, vor denen der Verbraucher mittels rechtlicher Instrumente geschützt wird oder werden soll, sind damit freilich noch nicht bezeichnet. Eine solche Bezeichnung erfolgt regelmäßig auch nicht durch den Wortlaut des Gesetzes, sondern ergibt sich aus dessen Auslegung. Europäisches wie deutsches Verbraucherrecht schützen den Verbraucher – wie im Einzelnen noch auszuführen sein wird (s. Kapitel 2 Rn. 106 ff.) – generell hinsichtlich seiner Versorgung, der Preisfairneß, seiner körperlichen Integrität, seiner (materiellen wie ideellen) Präferenzen und seiner personalen Integrität.⁹

Die Kategorie der für den Schutz des Verbrauchers einschlägigen gesetzlichen

8 Regeln des Verbraucherschutzrechts ist auch normativ bedeutsam. **Verbraucherschutzgesetze** ist nämlich ein normativer Begriff, welcher nicht allein den verbraucherschützenden Unterlassungs- und gegebenenfalls Beseitigungsanspruch nach **§ 2 I 1 UKlaG** eröffnet,¹⁰ sondern für den die Vorschrift auch eine **Legaldefinition** enthält. Verbraucherschutzgesetze sind danach „Vorschriften, ... die dem Schutz der Verbraucher dienen“.

In den Grundlinien ist die Auslegung dieser Formel gesichert: Sie nimmt auf den Normzweck Bezug, zu dessen Kern der Verbraucherschutz gehören muß. Verbraucherschutz braucht nicht der alleinige Zweck zu sein, darf aber hinter anderen Zwecken nicht völlig zurücktreten. Nicht ausreichend ist, wenn der Verbraucherschutz nur eine eher zufällige Nebenwirkung ist oder ihm lediglich untergeordnete Bedeutung zukommt.¹¹ Das Beruhen dieser Vorschrift auf der

⁸ So aber offenbar die Vorstellung bei *Dauner-Lieb* 28 ff., wo freilich Sonderrechtsthese und Schutzansatz noch weitgehend gleichgesetzt werden.

⁹ Für das Unionsrecht siehe bereits *Schmidt-Kessel*, *EnzEuR* Bd. 6, § 4, Rn. 21 ff.

¹⁰ Dazu unten Rn. 51 ff.

¹¹ So ausdrücklich OLG Karlsruhe, *VuR* 2008, 75, 77. Mißverständlich hingegen Köhler/Bornkamm/Köhler § 2 UKlaG Rn. 2: „lediglich (auch) verbraucherschützende Wirkungen“.

UnterlassungsklagenRL 2009/22/EU belegt zusätzlich die Anknüpfung an Verbraucherschutz im Sinne der hier entwickelten Differenzierung.

II. Verbraucherrecht als Mix der Instrumente

1. Mix der juristischen Disziplinen

Verbraucherrecht zeichnet sich im allgemeinen wie für die einzelnen Branchen durch einen besonderen Mix der juristischen Disziplinen aus. Die Vielfalt an Verbraucher- und unternehmerischen Aktivitäten sowie die Vielfalt der damit verbundenen Risiken machen den **Einsatz des kompletten Instrumentariums der Rechtsordnung** erforderlich. Erst recht gilt dies, wenn Verbraucherrecht weniger als Schutz und mehr als Steuerungsinstrument respective als Instrument der Wirtschaftspolitik angesehen wird. 9

Ein schönes Beispiel für diesen Mix auf kleinem Raum – gleichsam ein verbraucherrechtlicher Mikrokosmos – bildet das Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht, FernUSG. §§ 2-10 FernUSG setzen halbzwingendes Vertragsrecht zugunsten der Teilnehmer am Fernunterricht. §§ 12-18 FernUSG setzen Sondergewerberecht, welches Zulassungserfordernisse sowie Ausübungsregeln für den angebotenen Fernunterricht festlegen, wobei diese Regeln im § 19 f. FernUSG durch verwaltungsverfahrenrechtliche Regeln ergänzt werden. § 21 FernUSG definiert dazu passende Ordnungswidrigkeitentatbestände und mit § 26 FernUSG findet sich auch eine besondere Zuständigkeitsregelung für den Individualprozeß. Bis auf das Kriminalstrafrecht werden also alle klassischen rechtlichen Instrumente genutzt.

Eine Beschränkung der (deutschen) Perspektive auf ein privat- oder gar vertragsrechtliches Verbraucherschutzrecht begegnet aber auch rechtsvergleichend Bedenken. Der deutsche Zugang zum Verbraucherrecht ist nämlich auch im Vergleich zu westeuropäischen und außereuropäischen Rechtsordnungen in besonderem Maße auf das Privatrecht fixiert. Die US-amerikanische *Federal Trade Commission* (FTC), die englische *Competition and Markets Authority* (CMA), die tschechische *Česká obchodní inspekce* (ČOI) oder die italienische *Autorità garante della concorrenza e del mercato* (AGCM) etwa sind institutionelle Beispiele für einen Verbraucherschutz ohne subjektive Rechte von Verbrauchern. 10

So weit nicht staatliche Leistungen in Rede stehen, kommt dem **Privatrecht** eine überaus zentrale Funktion zu. In einer Marktwirtschaft obliegt es dem Privat- und insbesondere dem Bürgerlichen Recht Leistungsgegenstände, Geschäftsmodelle, Austauschbeziehungen, Vertriebswege und -netzwerke, aber auch den Bereich der Vertragsanbahnung zu erfassen und juristisch bis ins Detail zu beschreiben. Der Markt funktioniert in erster Linie privatrechtlich. Dementsprechend nimmt es nicht wunder, daß dem Privatrecht auch eine **zentrale Stellung** für das Verbraucherrecht zukommt, obgleich seine Eignung 11

dazu immer wieder bestritten wird (s.u. Kapitel 5). Der Gesetzgeber bedient sich des Privatrechts dementsprechend in vielfacher Weise zu verbraucherschützenden Zwecken, aber auch – jedenfalls in Grenzen – der Setzung verbraucherspezifischen Sonderrechts.¹²

Dabei ist das Privatrecht nicht auf die Beschreibungs- und Erfassungsfunktion sowie gegebenenfalls die Zwingendstellung der dabei entwickelten Standards beschränkt, sondern dient zugleich auch der privatrechtlichen Durchsetzung sowie gegebenenfalls der Kompensation des Verbrauchers. Eine Sonderstellung nehmen in diesem Kontext privatrechtlich organisierte Befugnisse privater Dritter – vornehmlich von Wettbewerbern des Unternehmers – sowie von Verbänden nach § 4 UKlaG und § 8 UWG ein. Während bei ersteren ein eigenes berechtigtes Interesse die Grundlage der Klagebefugnis bildet, bei der der Schutz des Verbrauchers vor allem eine Reflexwirkung darstellt, steht bei letzteren die Verwirklichung öffentlicher Interessen im Mittelpunkt. Dementsprechend ist die privatrechtliche Qualifikation der betreffenden Regeln nicht in jeder Hinsicht unumstritten.¹³

Die **Rolle des öffentlichen Rechts im Verbraucherrecht** ist mindestens
12 ebenso vielfältig. Abgesehen von den **verfassungsrechtlichen Vorgaben** zu staatlichen Freiheitsbeschränkungen einerseits und Schutzpflichten andererseits geht es insoweit um die sehr verschiedenen **Funktionen des Verwaltungsrechts im Verbraucherschutz**. In erster Linie handeln diese von materiellen Standards und Regeln zu deren Durchsetzung. Hinzu kommt die zunehmende Betrauung von Behörden mit Streitbeilegungs- und Streitentscheidungsaufgaben auch in Individualstreitigkeiten.

Verhältnismäßig homogen sind gesetzliche Regelungen im
13 verbraucherschützenden Verwaltungsrecht dort, wo sowohl die verbraucherschützenden **Standards** als auch deren **Durchsetzung verwaltungsrechtlich** geregelt sind. Besonders breit ist dies etwa im Bereich des Lebensmittelrechts der Fall, dessen (Mindest-)Standards jedenfalls für die Lebensmittelsicherheit Gefahrenabwehrrecht bilden und durch ein entsprechend dichtes Behördennetzwerk durchgesetzt werden. Die große Bedeutung der lauterkeitsrechtlichen Durchsetzung gerade im Lebensmittelrecht zeigt freilich, daß das Verwaltungsrecht insoweit kein geschlossenes System bildet. Das gilt erstrecht für die Sanktionierung verwaltungsrechtlicher Vorgaben und behördlicher Anordnungen durch an diese anknüpfenden Ordnungswidrigkeiten. Erheblich schwieriger – und wohl auch aufgrund der intra-disziplinären

¹² Zur Frage der Eignung des Privatrechts für den Verbraucherschutz s. u. Kapitel 5.

¹³ Siehe insbesondere für die Klagebefugnis der Kammern und öffentlich-rechtlichen Interessenvertretungen unten Kapitel 7 Rn. 398.

Fragestellung wenig erschlossen – ist die Frage einer **verwaltungsrechtlichen Durchsetzung zivilrechtlicher Standards**. Diese ist aufgrund der VerbraucherrechtsdurchsetzungsVO Nr. 2006/2004 unionsrechtlich vorgeschrieben, findet sich aber auch für rein nationale Sachverhalte.

Damit ist noch nicht die Frage angesprochen, ob die Durchsetzung zivilrechtlicher Verbraucherschutzregeln durch Unterlassungsklagen der Verbraucherverbände – generell – zivil- oder verwaltungsrechtlich zu qualifizieren ist. Die zunehmende Aufladung der Verbraucherverbände mit Funktionen, welche traditionell nachgeordneten Behörden zuzuschreiben wären, im Rahmen des Marktwächterkonzepts könnte hier mittelfristig eine Umqualifikation der bisher zivilgesellschaftlichen Akteure erzwingen.

Im Bereich der Regulierungsverwaltung ist die **Standardsetzung** zudem vielfach nicht dem verwaltungsrechtlichen Gesetzgeber vorbehalten, sondern erfolgt – im vorgegebenen Rahmen – durch behördliche Setzung **in Ausübung des Regulierungsermessens**. Auch insoweit ist die Durchsetzung regelmäßig verwaltungsrechtlich gedacht, kann jedoch ohne weiteres auch mit zivilrechtlichen Instrumenten, nämlich überindividuell vor allem mit den Mitteln des Lauterkeitsrechts¹⁴ und individuell über zivilrechtliche Transformationsnorm durch den einzelnen Verbraucher, erfolgen.¹⁵

Ganz eigentümlich ist schließlich das erwähnte Tätigwerden von **Behörden als Stellen der Streitbeilegung und Streitentscheidung** insbesondere bei ¹⁴ behördlichen Schlichtungsstellen. Hier stellen sich – ebenso wie bei verwaltungsrechtlichen Kooperationspflichten privater Schlichtungsstellen, vgl. § 34 VSBG – nicht nur Fragen nach einer richterlichen Funktion, sondern auch nach der disziplinären Zugehörigkeit der entsprechenden Aktivität in dem Bereich des Verwaltungsrechts.

Schließlich ist auch **Verbraucherschutz durch Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht** von erheblicher praktischer und auch theoretischer ¹⁵ Bedeutung. Zwar läßt sich der Verbraucherschutz als solcher kaum als eigenes strafrechtliches Rechtsgut einordnen (s.u. Kapitel 6 Rn. 356 ff.), jedoch kommt dem Verbraucherschutz als Regelungszweck sowohl in wichtigen Teilen des Kernstrafrechts als auch in zahlreichen Bestimmungen des Nebenstrafrechts und vor allem in einer fast unüberschaubaren Vielzahl von

¹⁴ S. Kapitel 7.

¹⁵ Hierzu für den Energiesektor demnächst *Demmer*, Administrativer Verbraucherschutz im Energiesektor in Italien und Deutschland, vorauss. 2018.

Ordnungswidrigkeitentatbeständen wesentliche Bedeutung für die Fassung und Konkretisierung entsprechender Sanktionstatbestände zu.

Schwerpunkte straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlicher Tatbestände mit verbraucherschützender Zielsetzung finden sich insbesondere im Bereich des strafrechtlichen Schutzes der körperlichen Integrität sowie beim Schutz des Verbrauchervermögens und sonstiger Präferenzen des Verbrauchers. So hat sich etwa eine besondere strafrechtliche Produkthaftung ausgebildet, die gerade auch in verbraucherrelevanten Fällen bis hin zu einer strafrechtlichen Verantwortung der Mitglieder der Unternehmensleitung reicht. Paradigmatisch für den Vermögens- und Präferenzschutz steht der Betrugstatbestand des § 263 StGB. In beiden Fällen wird die große Akzeptanz der strafrechtlichen Sanktionierung zusätzlich durch zahlreiche Vorfeldtatbestände unterstrichen. Die primär ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktionierung von Hygienebestimmungen im Lebensmittelrecht ist hier beispielsweise ebenso zu nennen wie Vorverlagerungen des Täuschungsschutzes.

- 16 Angesichts der besonderen Marktbezogenheit des Verbraucherrechts, nimmt es nicht wunder, daß ein Großteil der einschlägigen Sanktionstatbestände des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts an die Wertungen des zivilrechtlichen Marktrechts und des öffentlich-rechtlichen Marktordnungsrechts anknüpft und diese in besonders wichtigen Fällen mit den Mitteln des Kriminalstrafrechts und des Ordnungswidrigkeitenrechts durchsetzt. Diese **Akzessorietät** geschieht im Nebenstrafrecht regelmäßig offen, während die kernstrafrechtlichen Tatbestände im verbraucherrechtlich relevanten Bereich kaum einmal auf zivilrechtliche und praktisch nie auf öffentlich-rechtliche Vorgaben Bezug nehmen. Gleichwohl ist auch insoweit vielfach eine **gewisse Beschränkung auf die Durchsetzung fremder Wertungen** zu konstatieren. Das gilt insbesondere, wo für unechte Unterlassungsdelikte auf zivil- oder verwaltungsrechtliche Pflichten abgestellt wird, um die Strafbarkeit zu begründen. **Kriminalpolitische Eigenwertungen** finden sich daher im Verbraucherrecht selten hinsichtlich der Pflichtenbegründung zugunsten des Verbrauchers. Ihre Funktion liegt vielmehr vor allem in der **Auswahl der sanktionierten Situationen** also der Begründung der Strafwürdigkeit bestimmter pflichtwidriger Verhaltensweisen und deren Unterscheidung von gleichfalls rechtswidrigem, aber eben nicht straf- oder bußgeldwürdigem verbraucherwidrigen Verhalten.

Die offene Akzessorietät zahlreicher Sanktionstatbestände im Bereich des Verbraucherrechts schlägt sich in einer überragenden Bedeutung von Blankettnormen nieder. Deren Abfassung wie Anwendung erweist sich immer wieder als rechtsstaatlich besonders diffizil. Auch darin mag eine Erklärung für den Umstand zu sehen sein, daß Anknüpfungen an privatrechtliche Normen im deutschen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht zum Schutze von Verbrauchern nur ganz ausnahmsweise vorkommen, obwohl vor allem das Lauterkeitsrecht sowie einzelne zivilrechtliche Tatbestände mit einer Zielrichtung gegen bewußt verbraucherschädigendes Verhalten (§§ 241a, 312j, 661a BGB) sich durchaus für eine Sanktionierung zumindest mit Bußgeldern anböten.

Der rechtliche Verbraucherschutz zählt zudem zu den Bereichen, für welche besonders intensiv über die straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche 17 Verantwortung von **Unternehmen und deren Leitungspersonen** nachgedacht wird. Während sich für die **strafrechtliche Verantwortung** der Mitglieder von Leitungsorganen des Unternehmensträgers inzwischen eine sehr differenzierte Rechtsprechung ausgebildet hat (s.u. Kapitel 6), verbleibt das Unternehmensstrafrecht, das – über vorhandene Ordnungswidrigkeitentatbestände hinaus – auch Unternehmen selbst zur Verantwortung ziehen würde, anders als in anderen Staaten bislang rechtspolitisches Desiderat. Die Belegung mit Bußgeldern ist hierfür nicht immer ein hinreichender Ersatz.

Bislang weitgehend fremd ist dem deutschen Recht schließlich die Idee einer **Folgenbeseitigung** verbraucherwidrigen Handelns **im Strafverfahren**. Zwar 18 verfügt auch das deutsche Recht über eine Regelung des Adhäsionsverfahrens (§§ 403-406c StPO) und räumt dem Verletzten im Verfahren auch im übrigen eine Sonderstellung ein, jedoch sind dadurch erzielte materielle Ausgleiche bislang die große Ausnahme. Um so bedeutsamer ist daher die unlängst erfolgte Ausweitung der Beschlagnahme von Beschuldigtenvermögen zur Sicherung geschädigter Verbraucher im § 111b ff. StPO.

2. Subjektive Rechte des Verbrauchers?

Verbraucherrecht wird in Deutschland nach wie vor regelmäßig als eine Materie wahrgenommen, welche **dem einzelnen Verbraucher subjektive Rechte** – 19 zivilrechtlich also vor allem Ansprüche – verschafft.¹⁶ Die Ausrichtung erfolgt ganz verbreitet auf das Vertragsrecht.

Selbstverständlich ist diese privatrechtliche Orientierung des deutschen Verbraucherrechts auch eine Konsequenz unserer freiheitlichen und marktorientierten Wirtschaftsordnung. Die gescheiterten staatssozialistischen Modelle sind weitgehend ohne subjektive Rechte zwischen den Wirtschaftsteilnehmern (respective ohne deren praktische Aktivierung) ausgekommen. Defizite in der durch Fünf-Jahres-Pläne gesteuerten Befriedigung von Konsumbedürfnissen wurden unter anderem mit einem Eingabewesen behandelt: Die Beschwerde („Eingabe“) des Verbrauchers bei der Eingabestelle – typischerweise der Administration zur Steuerung der Planerfüllung – zog administrative Abhilfe(bemühungen) nach sich und konnte gegebenenfalls auch disziplinarische Konsequenzen haben. Auch wenn das System in dieser Form das Ende des mittel- und osteuropäischen Staatssozialismus nicht überstehen konnte, hat es sich doch als

¹⁶ Die zeigt sich bereits an der einschlägigen – regelmäßig weitgehend auf das Vertragsrecht beschränkten – Lehrbuchliteratur. Manche mediale Darstellung verbraucherrechtlicher Regeln oder Vorhaben beschränkt die Frage in ähnlicher Weise auf den Nutzen für den einzelnen Verbraucher.

mentalitätsprägend erwiesen: In den Staaten Mittel- und Osteuropas liegt in dieser Vorgeschichte ein wesentlicher Grund für die bis heute besonders starke Stellung des administrativen Verbraucherschutzes.

- 20 Subjektive Rechte des einzelnen Verbrauchers finden sich über das Privatrecht hinaus aber auch bei den anderen rechtlichen Schutzinstrumenten. So begründen die unlängst ausgeweiteten Regelungen zur Sicherstellung von Tätervermögen bereits im **strafrechtlichen Ermittlungsverfahren** (§§ 111b ff. StPO) nach verbreiteter Auffassung einen – gegebenenfalls die Staatshaftung auslösenden – Schutz der Geschädigten einer Straftat und damit gegebenenfalls auch von Verbrauchern. Auch bei Tätigkeiten der **verbraucherschützenden Verwaltung** kommen subjektive Rechte einzelner Verbraucher – und damit wiederum Amtspflichtverletzungen – in Betracht. Durchsetzbare **Ansprüche auf Einschreiten** des einzelnen Verbrauchers finden sich freilich nur **in ganz geringem Maße**. Auch die bestehenden verfassungsrechtlichen Schutzpflichten zugunsten auch einzelner Verbraucher begründen in der Regel keine individuell einklagbaren Ansprüche. Vielmehr verbleibt der Staatsgewalt ein Spielraum, wie sie der Schutzpflicht nachkommt.

Hingegen sind die Institutionen organisierter Verbraucherinteressen, also insbesondere die Verbraucherzentralen, gelegentlich auch mit eigenen – in der Regel auf Information gerichteten – Ansprüchen gegenüber der öffentlichen Verwaltung ausgestattet. Diese – seltenen – Fälle haben sich freilich bislang noch nicht zu flächendeckenden eigenen Antragsbefugnissen im Verwaltungsverfahren – etwa nach Art des englischen *super complaint*¹⁷ – verdichtet.

- 21 Aber auch bei Bestehen subjektiver Rechte des Verbrauchers ist nicht immer gewährleistet, daß diese **subjektiven Rechte** tatsächlich primär seinem Schutz dienen und gegebenenfalls Staatshaftungsansprüche auslösen. Bekanntestes Beispiel sind insoweit die Ansprüche von Verbrauchern aus der europarechtlich vorgeschriebenen Einlagensicherung. Diese Ansprüche dienen nicht in erster Linie dem einzelnen Verbraucher, sondern dem **Systemschutz**, werden also ausschließlich **im öffentlichen Interesse** gewährt.

Dementsprechend besteht bei fehlender oder unzureichender Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben aus der EinlagensicherungsRL 2014/49/EU kein Staatshaftungsanspruch gegen den insoweit defizitären Staat zugunsten einzelner geschädigter Verbraucher.¹⁸

¹⁷ McNamee, „Super Complaints“ als öffentlich-rechtliche Durchsetzung von Verbraucherschutz im Vereinigten Königreich, VuR 2014, 420-424.

¹⁸ EuGH; 12.10.2004 C-222/02 – *Peter Paul u.a./Bundesrepublik Deutschland* (noch zur alten Einlagensicherungsrichtlinie 94/19/EG).

Die Verneinung subjektiver Rechte des Verbrauchers ist übrigens nicht auf das Verwaltungs- und das Strafrecht beschränkt. Wichtigstes Beispiel ist das **Lauterkeitsrecht**. Dieses schützt nach § 1 UWG – neben Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern – auch Verbraucher vor unlauteren geschäftlichen Handlungen, räumt dem einzelnen Verbraucher jedoch ausweislich von § 8 UWG gerade **keinen individuellen Anspruch** auf Beseitigung und Unterlassen ein. Auch der Schadensersatzanspruch nach § 9 UWG steht den Verbrauchern nicht zur Verfügung, sondern kann nur Mitbewerbern zustehen. Zudem bilden die einzelnen Tatbestände des UWG nach herrschender Auffassung ganz überwiegend auch keine Schutzgesetze im Sinne von § 823 II BGB.¹⁹ 22

Entgegen manch rechtspolitischer Forderung steht dem Verbraucher auch weder ein Gewinnabschöpfungsanspruch zu – § 10 UWG erlaubt den nach § 8 UWG Berechtigten ohnehin eine Abschöpfung nur zugunsten des Bundeshalts – noch ein Vertragslösungsrecht für den Fall, daß der Vertrag infolge unlauterer Geschäftspraktiken zustande gekommen ist.²⁰

3. *Überindividuelle Maßnahmen der Prävention, der Kompensation und der Repression*

Der grundsätzlichen personalen Ausrichtung des Verbraucherrechts auf die individuellen Bedürfnisse von Verbrauchern steht bereits bei Gewährung subjektiver Rechte richtigerweise ein **großes Maß an Typisierung** gegenüber. Für das Verbraucherrecht typisch ist jedoch, daß dieses in großem Maße **auch von vornherein rein überindividuell** ansetzt. Dabei stehen Maßnahmen der Prävention gegenüber Risiken für Verbraucher im Mittelpunkt. Maßnahmen der Repression finden sich demgegenüber in einer freiheitlich organisierten Rechtsordnung naturgemäß nur ausnahmsweise. Überindividuelle Maßnahmen einer Kompensation von Verbrauchern sind hingegen – ebenfalls naturgemäß – recht selten. 23

Die Kompensation individueller Nachteile für Verbraucher durch überindividuelle Maßnahmen erscheint auf den ersten Blick widersprüchlich, ist jedoch keineswegs ausgeschlossen. Ein praktisch wichtiges Beispiel bildet insoweit die Einführung einer Versicherungspflicht für bestimmte Berufsgruppen oder Leistungen, wie etwa die Pflichthaftpflichtversicherung für

¹⁹ BT-Drucks. 15/1487, S. 22; MüKo-UWG/Sosnitza § 1 Rn. 14. Ebenso schon zum früheren Recht BGHZ 144, 255. Zu den – möglichen – Ausnahmen für § 16 UWG siehe Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Podszun § 1 Rn. 53 und für § 7 UWG siehe LG Bonn, GRUR-RS 2015, 06600. Siehe auch den Überblick bei Oppermann/Müller, Wie verbraucherfreundlich muß das neue UWG sein? Eine Synopse lauterkeitsrechtlicher Instrumente, GRUR 2005, 280, 285 f.

²⁰ Zum zwischen 1987 und 2004 bestehenden Rücktrittsrecht des – den Verbraucher einschließenden – Abnehmers nach § 13a UWG a.F. siehe OLG Nürnberg, GRUR 1990, 141, 142; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1990, 875.

Anwälte nach §§ 12 II, 51 BRAO. Das insoweit über die Regulierungspraxis der Haftpflichtversicherer aufgelöste Spannungsverhältnis aus überindividuellem Schutz und individueller Kompensation findet sich auch in den Diskussionen um Instrumente überindividueller Rechtsdurchsetzung, wie Gruppenklage oder Musterfeststellungsklage, die aufgrund ihrer Bindungen beide Ebenen miteinander verknüpfen und rechtspolitisch kohärent in Einklang bringen müssen.

- In dieser Überindividualität eines wesentlichen Teils seiner Regeln ähnelt das
- 24 Verbraucherrecht in großem Maße dem Arbeitsrecht, das mit dem sog. kollektiven Arbeitsrecht ebenfalls über einen Regelungsbereich verfügt, der zumindest eine überindividuelle Perspektive aufweist. Wie im Verbraucherrecht ist die überindividuelle Perspektive des kollektiven Arbeitsrechts mit dem Individualarbeitsrecht engstens verknüpft. Auch wenn die systematische Parallele von Arbeitsrecht und Verbraucherrecht hier mit Händen zu greifen ist, hat sich bislang **keine Aufteilung** des Rechtsgebiets in ein **Individualverbraucherrecht** und ein **kollektives Verbraucherrecht** herausgebildet. Das dürfte auch an einer begrenzteren politischen Akzeptanz überindividueller Mechanismen auf Basis privater Organisationen für das Verbraucherrecht liegen. Vor allem aber wird die Ursache dafür in der – im Vergleich zum Arbeitsrecht erheblich größeren – Diffusität der überindividuell zu vertretenden Verbraucherinteressen zu suchen sein.

- Keinesfalls einheitlich läßt sich allerdings entscheiden, ob die **Überindividualität**
- 25 eines Verbraucherschutzmechanismus **individualschützende Wirkungen** zugunsten einzelner Verbraucher ausschließt. Die Verknüpfung beider Ebenen findet sich in der deutschen Rechtsordnung vielmehr derart häufig, daß ein **Regel-Ausnahme-Verhältnis** zugunsten fehlender individualschützender Wirkung ausgeschlossen ist. Umgekehrt sind einige zentrale Mechanismen des Verbraucherrechts – am augenfälligsten zweifellos bei § 8 UWG – ausschließlich auf überindividuellen Verbraucherschutz ausgerichtet, sodaß auch keine Vermutung zugunsten durchgehenden Individualschutzes begründbar ist. Vielmehr ist für jeden einzelnen Mechanismus und jede einzelne Norm und gegebenenfalls auch für jede Rechtsfolge gesondert jeweils nach der Überindividualität respective der Individualität zu fragen.

- Immer wieder finden sich **ausdrückliche Fokussierungen auf**
- 26 **überindividuellen Verbraucherschutz**. Am augenfälligsten läßt sich dies an der verbraucherschützenden Generalklausel für die BaFin in **§ 4 Ia FinDAG** ablesen (zu dieser Generalklausel noch unten Kapitel 5 Rn. 337 ff.). Die dort enthaltene Aufgabenorm und Befugnis-Generalklausel knüpfen an den „Schutz der

kollektiven Verbraucherinteressen“ an und verdeutlichen damit, daß ein individualschützendes Tätigwerden der BaFin nicht in Frage kommt. Überindividuell setzt auch **§ 2 I 1 UKlaG** an, wenn dort eine Zuwiderhandlung gegen Verbraucherschutzgesetze nicht zur Begründung des Unterlassungsanspruchs genügt, sofern die Inanspruchnahme des Unternehmers nicht „im Interesse des Verbraucherschutzes“ erfolgt. Dem gleichen Zweck dient die Begrenzung inhaltlicher Beschränkungen, Befristungen oder Auflagen durch **§ 55 III GewO** auf den Zweck des Schutzes „der Allgemeinheit oder der Verbraucher“.

Die genannten Vorschriften und die aus ihnen fließenden Rechte und Befugnisse sind damit auf Fälle überindividuellen Schutzes beschränkt. Weder hat der einzelne Verbraucher insoweit Ansprüche auf Einschreiten, noch geraten die handelnden Akteure (BaFin, Verbraucherverbände und Gewerbebehörden) in die Gefahr einer Haftung gegenüber individuell geschädigten Verbrauchern.

Entsprechende Beschränkungen auf überindividuelle verbraucherschützende Zwecke finden sich insbesondere für das Verbraucherverwaltungsrecht. Sie **27** stehen insoweit auch in der Tradition der **polizeirechtlichen Subsidiaritätsbestimmungen** in den Polizei- und Sicherheitsgesetzen der Bundesländer (etwa Art. 2 II BayPAG).

Bemerkenswert ist freilich, daß es insbesondere bei der Finanzdienstleistungs-Generalklausel nach § 4 Ia FinDAG an einer Eilkompetenz der Behörde zugunsten individueller Rechte fehlt, wie sie die polizeirechtlichen Bestimmungen für Fälle enthalten, in denen gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist oder ohne hoheitliche Hilfe die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde. Individualschützendes Eingreifen im Notfall bleibt insoweit in der Befugnis der Polizei sowie – gegebenenfalls unter den beschränkenden Voraussetzungen des Art. 7 BayLStVG – der Sicherheitsbehörden.

Zumindest **auch überindividuellen Zwecken** des Verbraucherschutzes dienen zahlreiche präventiv oder repressiv an der Person des Unternehmers **28** (einschließlich seiner inneren Organisation) oder den zu erbringenden Leistungen ansetzende Regelungen. So dienen etwa **Zulassungserfordernisse** für Leistungserbringer oder Leistungen zwar dem Verbraucherschutz, begründen jedoch bei weitem nicht notwendig auch individuelle Rechte des Verbrauchers. Es handelt sich insoweit um **Bestimmungen funktionaler Überindividualität**, ohne daß dies – von wenigen Ausnahmen wie § 55 III GewO abgesehen – ausdrücklich offengelegt wird.

Daß der Zuschnitt einer verbraucherschützenden Norm insoweit auch wandelbar ist, zeigt die Auslegungsgeschichte von §§ 55, 56 GewO im Zusammenspiel mit § 134 BGB. Während die reichsgerichtliche Rechtsprechung insoweit Beschränkungen der Vertragsbindung bei fehlender Zulässigkeit der Vertragsschlußsituation mehrfach ausgesprochen hatte, hat der

Bundesgerichtshof diese Rechtsprechung alsbald nach Einführung des Widerrufsrechts für Haustürgeschäfte für deren Reichweite aufgegeben.²¹

- 29 Seltener im Gesetzestext und häufiger in der Befassung mit einschlägigen Phänomenen überindividuellen Verbraucherschutzes werden diese Instrumente begrifflich als Fälle **kollektiven Verbraucherschutzes** eingeordnet.²² Dabei wird die spezifische Konnotation des Kollektivitätsbegriffs im politischen Raum vernachlässigt. Kollektive Verbraucherinteressen können daher **im Sinne organisierter Verbraucherinteressen** verstanden werden. Ein solches Verständnis schränkt den Schutzbereich der betreffenden Normen faktisch kaum ein, weil die Akteure des mitgliedschaftlich organisierten Verbraucherschutzes in aller Regel Verbraucherinteressen in der gesamten Breite vertreten. Umgekehrt ließe sich freilich argumentieren, daß der Anknüpfung an eine organisierte Überindividualität begrifflich eine Ermächtigungsfunktion zukomme. So ist bislang etwa die Frage ungeklärt, ob § 4 Ia FinDAG den Verbraucherzentralen Mitwirkungsbefugnisse eröffnet. Zumindest begrifflich liegt dies nicht fern.

Darüber hinaus ist die Verwendung eines mit organisierter Überindividualität konnotierten Begriffs auch nicht ungefährlich. So sind die wichtigsten übergreifenden Verbraucherverbände in Deutschland, die Verbraucherzentralen und ihr Dachverband der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., gerade nicht über die Mitgliedschaft von Verbrauchern organisiert. Das Risiko einer Auslegung zu Lasten nichtmitgliedschaftlich organisierter Verbraucherververtretungen ist dementsprechend nicht völlig von der Hand zu weisen.

- 30 Instrumente eines überindividuellen rechtlichen Verbraucherschutzes dienen in erster Linie der Prävention gegenüber Risiken für Verbraucher und sind insoweit zukunftsgerichtet. Die Erlaubnispflichtigkeit einer Tätigkeit oder Leistung dient diesem Zweck regelmäßig ebenso, wie Befugnisse zur – gegebenenfalls auch anlaßlosen – Überwachung und Ermittlung. Auch viele materielle Anforderungen an Leistungen an Verbraucher dienen der präventiven Festsetzung von Mindeststandards, die der Markt regelmäßig auch überwinden kann. **Überindividuelle Präventionswirkungen** kommen freilich anerkanntermaßen

²¹ BGHZ 131, 385.

²² Ausdrücklich § 4 Ia 1 FinDAG („Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen“).

nicht selten individuellen Ansprüchen zu.²³ Insoweit tritt dem Individualrechtsschutz eine präventive Steuerungsfunktion hinzu.²⁴

Die klassisch verwaltungsrechtliche Vorstellung präventive Verbote seien bei Erfüllung der materiell-rechtlichen Anforderungen regelmäßig durch Erlaubnis überwindbar, auf die auch ein Anspruch bestehe, stößt hier freilich auf Schwierigkeiten. Sie betreffen insbesondere Verbote bestimmter Verhaltensweisen, welche nicht den Kern eines Geschäftsmodells, sondern risikoreiche Details in den Blick nehmen. Hier sind Ausnahmen selbst mit Zustimmung des Verbrauchers häufig nicht möglich, wenngleich sie verwaltungsrechtlich eine Ermessensausübung zugunsten des Unternehmers zumindest unter diesem Gesichtspunkt nahelegen. Soweit Ausnahmen nicht möglich sind und schon gar nicht beansprucht werden können – wie etwa in vielen Anforderungen der Lebensmittelhygiene – wird Prävention mit Mitteln der Repression bestimmter Risikoauslöser betrieben. Die Kategorien vermischen sich hier also.

Während präventive Maßnahmen überindividuellen Verbraucherschutzes primär der Risikovermeidung sowie der Marktordnung bei seriösen Marktteilnehmern 31 dienen, richtet sich Repression vornehmlich gegen „schwarze Schafe“ und per se gefährliche Leistungen an Verbraucher. Wichtigstes Beispiel **repressiven überindividuellen Verbraucherrechts** sind die Ausschlüsse unzuverlässiger Unternehmer von der Zulassungsfähigkeit²⁵ sowie das Erfordernis unzuverlässigen Gewerbetreibenden mit erlaubnisfreier Tätigkeit das Gewerbe nach § 35 GewO zu untersagen. Die Tätigkeit unzuverlässiger Anbieter am Markt ist damit materiell generell verboten, mag im Anwendungsbereich der Gewerbe(zulassungs)freiheit dafür auch zunächst ein Untersagungsverfahren erforderlich sein. Dieses Verbot dient freilich nicht allein dem Verbraucherschutz, sondern einer großen Zahl weiterer Interessen der Rechtsgemeinschaft an der Nichtausübung einer entsprechenden gewerblichen Tätigkeit. Eine entsprechende mehrfache Zwecksetzung findet sich auch bei vielen repressiven Verboten hinsichtlich einzelner Leistungsgegenstände. Das gilt etwa für das

²³ Für das deutsche zivile Haftungsrecht insoweit spätestens seit *Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht - Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006) 352 ff. herrschende Auffassung.

²⁴ Über die – auch methodischen – Konsequenzen solcher Steuerungsfunktionen individualschützender Normen ist bislang vergleichsweise wenig nachgedacht worden.

²⁵ Etwa mit klarem verbraucherschützendem Bezug § 4 I 1 Nr. 1 GastG des Bundes: „Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn [...] Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, insbesondere dem Trunke ergeben ist oder befürchten läßt, daß er Unerfahrene, Leichtsinnige oder Willensschwache ausbeuten wird oder dem Alkoholmißbrauch, verbotenem Glücksspiel, der Hehlerei oder der Unsittlichkeit Vorschub leisten wird oder die Vorschriften des Gesundheits- oder Lebensmittelrechts, des Arbeits- oder Jugendschutzes nicht einhalten wird“.

weitgehende Verbot pyrotechnischer Gegenstände nach dem Sprengstoffgesetz oder das von § 284 StGB ausgesprochene Verbot der Veranstaltung öffentlichen Glücksspiels.²⁶

Daneben erlangen Verbote risikoreicher Begleiterscheinungen von Leistungen an Verbraucher zunehmend Bedeutung. Beispielhaft kann insoweit auf § 147b GewO verwiesen werden, welche einem unterbliebenen Insolvenzschutz bei Pauschalreisen nach § 651k IV 1 BGB mit Geldbuße bedroht und damit repressiv angeht, ohne die Pauschalreise als solche in ihrer Legalität auch nur ansatzweise in Frage zu stellen. Auch die über den Mechanismus der Abmahnung nach § 12 UWG durchgesetzten Verbote unlauterer geschäftlicher Handlungen und insbesondere aggressiver und irreführender Handlungen gegenüber von Verbrauchern sowie die Verbote unzumutbarer Belästigungen antworten auf mißbilligte Randerscheinungen bestimmter Geschäftsmodelle und Vertriebsformen mit Repression, ohne diese selbst zu kriminalisieren.

- Überindividueller Verbraucherschutz zum Zwecke der Kompensation** von Verbrauchern ist hingegen bislang – von den Fällen des überindividuellen Verbraucherschutzes durch die Pflichthaftpflichtversicherung einmal abgesehen – eher die Ausnahme. Insbesondere kennt das Verbraucherrecht in Deutschland bislang **keine** dem Tarifvertrag, der Betriebs- oder Dienstvereinbarung vergleichbaren **Kollektivabreden** zwischen Unternehmen oder Unternehmensverbänden und Verbraucherverbänden. Dieses muß freilich nicht so bleiben, zumal mit den Regeln über Vergleiche in Verfahren der überindividuellen Rechtsdurchsetzung vor den Zivilgerichten (siehe insbesondere § 23 KapMuG) entsprechende Vereinbarungen bereits nahegelegt werden. Entsprechendes könnte bei einer Ausweitung solcher Sammelverfahren häufiger die Regel werden.

- Noch geringer sind bislang die deutschen Erfahrungen **überindividuellen kompensatorischen Verbraucherschutzes durch die öffentliche Hand**. Hier ist mit der Sicherung von Ausgangsansprüchen der Verletzten von Straftaten durch **§§ 111b ff. StPO** ein erster – nach verbreiteter Auffassung auch individualschützender – Schritt getan. Hingegen bildet die aufsichtsrechtliche Regulierung von Kompensationen zugunsten von Verbrauchern etwa im Rahmen einer Allgemeinverfügung für Deutschland bislang ein kaum vertrautes Terrain. Die verbraucherschützende Generalklausel des **§ 4 Ia FinDAG** würde im Rahmen ihrer Befugnis-Generalklausel nach Satz 3 derartige Allgemeinverfügungen – unter den üblichen Voraussetzungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips – freilich wohl ermöglichen.

²⁶ Zu Zweifeln an diesen Tatbestand vgl. BVerfGE 115, 276.

4. Bedeutung von Transformationsnormen

Diese Verbindung der verschiedenen juristischen Disziplinen miteinander führt zu einer gesteigerten Bedeutung der **Normen an den Schnittstellen** zwischen 34 den Rechtsgebieten, der Transformationsnormen. Zivilrechtlich sind das etwa §§ 134, 823 II BGB und §§ 3a, 5a IV UWG, die in der Praxis vor allem verwaltungsrechtlichen Verboten und Schutzbestimmungen zivilrechtliche Rechtsfolgen verleihen. Umgekehrt gibt es etwa im Strafrecht und im Verwaltungsrecht Anknüpfungen an das Zivilrecht und an den zivilrechtlichen Verbraucherschutz, so bei der Relevanz zivilrechtlicher Pflichten für das Vermögensstrafrecht der §§ 263, 266 StGB etc. oder der Frage des Eingreifens der öffentlichen Verwaltung bei Verstößen gegen ziviles Verbraucherrecht etwa im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfungen nach § 35 GewO oder nach §§ 35, 36 KWG. Erst recht stellt sich die – wegen des polizeirechtlichen Subsidiaritätsprinzips²⁷ teilweise theoretische – Frage nach der Möglichkeit von Eingriffen der allgemeinen Sicherheitsbehörden. Die Zahl solcher Transformationsnormen ist außerordentlich hoch, wobei nicht immer offen an Tatbestände anderer Rechtsbereiche angeknüpft wird – etwa im Rahmen der Qualitätsbestimmung nach § 434 BGB, soweit diese insbesondere im Fall von § 434 I 2 Nr. 2 BGB unter Rückgriff auf öffentlich-rechtliche Standards erfolgt.

Zu den Herausforderungen von Transformationsnormen zählt die **Aufteilung der** zu treffenden **Sachentscheidungen auf die** verschiedenen **juristischen** 35 **Subdisziplinen**, an deren Grenze sie stehen. Diese wird auch von den jeweils besonderen rechtsstaatlichen Anforderungen an das betreffende Rechtsgebiet dominiert. So bereitet es den allgemeinen **zivilrechtlichen Transformationsnormen** der §§ 134, 823 II BGB und §§ 3a, 5a IV UWG keine Schwierigkeiten, überwiegend auf das Telos der Bezugsnorm abzustellen und damit die zu entscheidenden Sachfragen nach der Wirksamkeit des Vertrages, des Bestehens einer Haftung und der Lauterkeit des gesetzwidrigen Verhaltens ganz oder teilweise **aus dem Zivilrecht in das Straf-, Ordnungswidrigkeiten- und Verwaltungsrecht zu delegieren**. Dem Zivilrecht bereitet diese Delegation weder methodisch – mangels effektiven Bestimmtheitsgebots – noch systematisch unüberwindliche Schwierigkeiten. Letztere werden über die zusätzlichen Voraussetzungen der Delegation sowie durch die Einbindung der

²⁷ Siehe etwa Art. 2 II BayPAG.

Delegationstatbestände in das Zivilrechtssystem bewältigt. Beispiele dafür finden sich etwa in § 823 II 2 BGB mit dem gegebenenfalls zusätzlich eingreifenden Verschuldenserfordernis sowie in dem – rechtspolitisch wie auch praktisch viel diskutierten – Erfordernis der Marktverhaltensregelung in § 3a UWG.

Das **Gefahrenabwehrrecht** weist mit den üblichen polizei- und sicherheitsrechtlichen Generalklauseln üblicherweise die breitesten Transformationsnormen auf. Die durch das Recht der Gefahrenabwehr insbesondere geschützte **öffentliche Sicherheit** begründet eine dynamische Verweisung auf die Rechtsordnung insgesamt und damit sämtliche Rechtsnormen.²⁸ Die polizeilichen und sicherheitsrechtlichen Generalklauseln wie auch die Sicherheitsbegriffe des besonderen Sicherheitsrechts erfassen – und **transformieren** – daher **sämtliche Verbraucherschützende Vorschriften** und gestatten damit den Einsatz des Polizei- und Sicherheitsrechts zum Zwecke des Verbraucherschutzes in seiner gesamten Breite.

Das bayerische Sicherheitsrecht nimmt durch die sogenannte kleine Generalklausel des Art. 7 BayLStVG freilich eine Sonderstellung ein. Zu den Aufgaben der Sicherheitsbehörden zählt nach Art. 6 BayLStVG die öffentliche Sicherheit in ihrer gesamten Breite und damit auch das verbraucherschützende Recht. Die Befugnis-Generalklausel des Art. 7 BayLStVG ist hingegen ausweislich von dessen Abs. II auf Fälle von Straftaten, Ordnungswidrigkeiten und verfassungsfeindlichen Handlungen sowie auf Bedrohungen und Verletzungen von Leben, Gesundheit und Freiheit von Menschen sowie Sachwerte von öffentlichem Interesse beschränkt. Dementsprechend gestattet bayerisches Sicherheitsrecht den Sicherheitsbehörden ein generelles Tätigwerden zugunsten von Verbrauchern nur bei besonders schwerwiegenden Störungen der öffentlichen Sicherheit.²⁹

Besonders schwierig ist die korrekte Behandlung von **straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Transformationsnormen**. Die rechtsstaatlichen Anforderungen an derartige Vorschriften gebieten es nämlich, daß der Strafrechtsgesetzgeber die Entscheidung über die Strafbarkeit selbst mit hinreichender **Bestimmtheit** trifft. Der Formulierung von **Blanketttatbeständen** als Transformationsnormen sind auf diese Weise vergleichsweise enge verfassungsrechtliche Grenzen gezogen.

²⁸ Statt vieler *Waechter*, Die Schutzgüter des Polizeirechts, NVwZ 1997, 729, 730 (für die dynamische Verweisung) und 735 (zum Rechtsordnungsschutz) jeweils m.b.M.

²⁹ Zur rechtspolitischen Kritik daran *Schmidt-Kessel*, Überlegungen zur Stärkung des behördlichen Verbraucherschutzes – am Beispiel des Freistaats Bayern, GewArch 2016, 169, 171, 173.

III. Verbraucherrecht als Ungleichbehandlung

Verbraucherrecht privilegiert eine Gruppe von Marktteilnehmern unabhängig davon, ob es sonderrechtlich oder schützend akzentuiert ist. Anders gewendet 38 begründet Verbraucherrecht eine – inzwischen recht massive – **Ungleichbehandlung** von Marktakteuren. Es weicht damit vom Ideal formal-abstrakter Rechtsgleichheit eines bürgerlich-liberalen Sozialmodells signifikant ab.³⁰ Die lange Zeit verbreitete Fundamentalkritik an verbraucherrechtlichen Regelungen vor allem des Privatrechts hat hier einen wesentlichen Ursprung.

Eine solche Ungleichbehandlung besteht auch dann, wenn über gesteigerte Aufklärungs- und Informationspflichten gegenüber Verbrauchern der Marktmechanismus im Sinne eines Informationsmodells gestützt werden soll, dies aber für andere Vertragspartner nicht geschieht. Gleiches gilt für den Ausgleich von Informationsdefiziten durch eine Inhaltskontrolle von Verträgen. *Dauner-Lieb* hat daher ihre seinerzeitigen Vorschläge konsequent nicht formal auf Verbraucher bezogen oder eine andere personale Differenzierung vorgeschlagen.³¹

Der historische wie auch heute noch rechtspolitische Grund der formal-abstrakten bürgerlichen Rechtsgleichheit liegt in ihrer **emanzipatorischen** 39 **Funktion**. Als grundlegende Errungenschaft der französischen Revolution und der sie tragenden Ideen (*Égalité*) beseitigt sie Standesregeln wie Privilegien und damit individuelle wie überindividuelle Benachteiligungen und Bevorzugungen durch das Recht: Alle sind gleich, alle haben die gleichen rechtlichen Möglichkeiten.

Diesem Grundgedanken folgen bis heute im Ausgangspunkt auch die Grundfreiheiten des Binnenmarktes. Sie stellen Diskriminierungen (und Freiheitsbeschränkungen) rechtfertigungsbedürftig und prüfen auch das hinreichende Maß der Rechtfertigung.

Für die Gesamtrechtsordnung bildet der **Verbraucherschutz** als Instrument der Vorbeugung gegen und der Bekämpfung von Risiken für private Akteure am 40 Markt eine Rechtfertigung zur **Abweichung von der formal-abstrakten bürgerlichen Rechtsgleichheit**. Solche Abweichungen sind trotz hehrer Ideale für das deutsche Recht schon 1900 nicht ungewöhnlich:

Traditionelle Differenzierungen kennt das deutsche Recht insoweit etwa insbesondere zu Lasten von Kaufleuten mit der fehlenden Reduzierbarkeit der 41 Vertragsstrafe (§ 348 HGB) und dem Ausschluß der „Einrede der Vorausklage“ und des Formerfordernisses bei der Bürgschaft (§§ 349, 350 BGB), und

³⁰ So nachdrücklich bereits *Dauner-Lieb* 51 ff.

³¹ *Dauner-Lieb* 106 („betrifft damit zumindest im Ansatz nicht allein den Verbraucher oder sonstige schutzbedürftige Personengruppen“).

schließlich bei der Ermöglichung der Prorogation in § 38 ZPO. Sachgrund dieser Ungleichbehandlung ist jeweils die gesetzgeberische Einschätzung einer **fehlenden oder geringeren Schutzbedürftigkeit** des Kaufmanns,³² beruht aber vor allem für § 349 HGB auch auf der – sonderrechtlichen Überlegung, die dort getroffene dispositive Gestaltung sei für den Handelsverkehr angemessener.³³ Auch wenn sich darüber streiten läßt, ob der Kaufmannsbegriff des deutschen HGB das richtige Differenzierungskriterium für die Anwendbarkeit der handelsrechtlichen Sonderregeln darstellt und nicht vielmehr vor allem unter Einbeziehung von Freiberuflern an eine Unternehmerstellung anzuknüpfen sein müßte, besteht über die Angemessenheit der Differenzierung in ihrem Kern heute kaum Streit.

Ebenfalls außer Streit sind **Sonderbehandlungen für Minderjährige und**
42 **betreuungsbedürftigen Personen** nach §§ 104 ff., 1896 ff. BGB. Für diese Regelungen besteht weder Streit über das Vorliegen einer Privilegierung noch über deren grundsätzliche Rechtfertigung. Die Ersetzung der ursprünglich vorgesehenen Entmündigung durch das erheblich differenziertere System der rechtlichen Betreuung durch das Betreuungsgesetz von 1990 entsprach auch dem Bedürfnis nach einer Ausweitung der Differenzierung des Schutzmaßes. Die Möglichkeit, Minderjährige zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts zu ermächtigen (§ 112 BGB) verdeutlicht aber auch, daß es bei beiden geschützten Personengruppen primär um deren private Teilnahme am Markt geht. In diesem Sinne sind sowohl die §§ 104 ff. BGB als auch die §§ 1896 ff. BGB Verbraucherschutzgesetze i.S.v. § 2 UKlaG.

Die historische Entwicklung beschränkter Geschäftsfähigkeiten zeigt freilich auch, wie heikel und mißbrauchsanfällig Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit und damit Ungleichbehandlungen bestimmter Personengruppen zu Schutzzwecken sein können: Die auf differenzierte Weise in manchen Territorien Deutschlands bis zum Inkrafttreten des BGB bestehenden Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit der Ehefrau diente nach dem historischen Begründungen zumindest auch dem Schutz dieser Ehefrauen als geschäftsunerfahrenen Personen. Daß insoweit auch frühe Verbraucherschutzgedanken mitschwangen, zeigt die verbreitete Ausnahme von der Beschränkung der Geschäftsfähigkeit für als Kaufleute tätige Ehefrauen. Ähnliches gilt für das weithin bekannte Interzessionsverbot. Trotz manch wohlmeinender Begründung für diese Beschränkungen, die in ihren Begründungen modernen Rechtfertigungen für verbraucherschützende Widerrufsrechte oder die Sittenwidrigkeit von Bürgschaften näher

³² Etwa MüKo-HGB/Schmidt § 348 Rn. 2; MüKo-HGB/Schmidt § 350 Rn. 1.

³³ MüKo-HGB/Schmidt § 349 Rn. 2 (Erleichterung der Liquiditätsbeschaffung durch den Gläubiger). Vgl. aber auch BeckOK-HGB/Lehmann-Richter § 350 Rn. 1.

Angehöriger durchaus ähneln, hat *Grünberger* diese Regeln völlig zurecht auf die „Verlustliste personaler Rechtsgleichheit“ gesetzt³⁴.

Mit dem Schutz Minderjähriger und sonstiger aufgrund kognitiver oder anderer Schwächen in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkter Personen wird zusätzlich 43 unter verschiedenen schutzbedürftigen Verbrauchergruppen unterschieden. In diesem Sinne findet sich im deutschen Recht auch eine Privilegierung besonders schwacher Verbrauchergruppen gegenüber der Verbraucherschaft im Allgemeinen und damit ein **differenzierter Verbraucherschutz**. Die Möglichkeit einer solchen Differenzierung auch nach Untergruppen von Verbrauchern ist keine Ausnahmeerscheinung und findet sich auch etwa in § 3 IV UWG, wo die Bildung der typisierten Gruppe besonders schutzwürdiger Personen in Abhängigkeit von ihrer eindeutigen Identifizierbarkeit dem Richter zugewiesen wird.

Trotz der restriktiven Auslegung der Vorschrift durch die Rechtsprechung³⁵ dürften sich hier entsprechende Gruppen ausbilden lassen. Ein Beispiel wären Sprachrisiken von Migranten, soweit auf die besondere Gefährdung von Nichtmuttersprachlern abgestellt wird.

Weit über den pragmatischen Ansatz typisierenden Schutzes gegenüber einzelnen konkreten Risiken hinaus ist – vor allem in den 70er Jahren die **Parität 44 der Vertragsparteien** bei Beteiligung von Verbrauchern **generell in Frage gestellt** worden.³⁶ Entsprechende Auffassungen spielen in ihren extremen Ausprägungen nicht selten mit Ideologien zusammen, welche Kapital auf der einen und Konsum und Arbeit auf der anderen Seite in einem generellen Gegensatz sehen.³⁷ Eine solche **generelle Unterlegenheit** entspricht freilich nicht der Grundauffassung des Gesetzgebers, der den Verbraucher im

³⁴ *Grünberger*, Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, Baden-Baden 2013, 88 f.

³⁵ BGH NJW 2014, 2279 (Goldbärenbarren). Siehe aber auch BGH NJW 2014, 1014 (Runes of Magic), wo für Nr. 28 des Anhangs zu § 3 III UWG für ausreichend gehalten wird, daß sich die Werbung „in erster Linie gezielt an Kinder“ richtet.

³⁶ Besonders radikal *Reifner*, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung – Realitätsverleugnung oder soziale Auslegung im Zivilrecht, Neuwied 1979, 68 ff. Ähnlich *E. Schmidt*, Von der Privat- zur Sozialautonomie, JZ 1980, 153, 155 ff.; *Bender*, Probleme des Konsumentenkredits, NJW 1980, 1129, 1131. Für eine – überraschend seltene – ausdrückliche Kritik dieses Ansatzes insbesondere *Dauner-Lieb* 109 ff.

³⁷ Siehe insbesondere *Tonner*, Verbraucherschutz und Klassentheorie – Erwiderung auf Enzo Roppo, Demokratie und Recht 1976, 241 ff.

Grundsatz nicht als solchen, sondern nur in typisierten Situationen besonderer Schutzbedürftigkeit bevorzugt.

Bis zur Umsetzung der VerbraucherrechteRL 2011/83/EU hat dies zur Konsequenz, daß Verbraucherrecht nie allein an die Verbraucherstellung anknüpfte. Dies hat sich mit §§ 312a I, II BGB i.V.m. Art. 246 EGBGB nur scheinbar geändert. Die Identitätsoffenlegungspflicht nach § 312a I BGB dient nämlich nicht dem generellen Verbraucherschutz, sondern bekämpft der Sache nach die unlautere Geschäftspraktik der Identitätsverschleierung. Eine ähnlich spezifische Reaktion bilden die neu eingeführten Preisregeln nach § 312a II 1, III-VI BGB, welche die Praxis intransparenter Nebenpreise zu bekämpfen suchen. Auch insoweit geht es also nicht um eine generelle Schwäche des Verbrauchers, sondern um spezifische Risiken im Vertragsschlußkontext.

45 Weit weniger radikal werden die vorhandenen Ausgleichsmechanismen – insbesondere des Verbrauchervertragsrechts – bereits in den 60er Jahren als generelle Tendenz zur **Materialisierung der Vertragsfreiheit** eingeordnet, welche eine gestörte Vertragsparität kompensiere.³⁸ Diese Position trifft heute auf weite Akzeptanz.³⁹ Vergleichsweise radikale Ausprägungen von dieser Strömung, sind die Thesen von der Rückkehr zum materiellen Äquivalenzprinzip⁴⁰ sowie der Versuch, personale Gleichheit im Sinne einer materialisierten Gleichbehandlung zum Privatrechtsprinzip zu erheben.⁴¹ Überlegungen und Konzepte dieser Art sind freilich für die Entwicklung genereller Linien von Verbraucherrecht **wenig weiterführend**. Insbesondere sind sie sehr auf Verträge bezogen, worauf Verbraucherrecht mit seinen hohen integritätsschützenden Anteilen gerade nicht durchgehend zielt. Zahlreiche Anzeichen belegen zudem ein insgesamt hohes Verbraucherschutzniveau, welches eine breite Materialisierung durch Kompensationen abstrakt-genereller Art rechtspolitisch nicht angezeigt sein läßt.

46 Das bedeutet freilich nicht, daß im Hinblick auf neue Märkte und Geschäftsmodelle Rechtsanwender, Rechtspolitik und Rechtswissenschaft nicht ein besonderes Augenmerk auf das Auftreten neuer Risikosituationen und nachfolgende Erfordernisse zusätzlicher Privilegierungen zu deren Bewältigung

³⁸ So insbesondere Hönn 298 ff., vgl. ferner Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Auflage, Tübingen 1990, 331.

³⁹ Äußeres Zeichen dafür ist der Zivilrechtslehrevortrag von Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 2000, 273 ff.

⁴⁰ Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1967, 520 (wenn denn in dieser Allgemeinheit zu verstehen).

⁴¹ Grünberger, Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, *passim* (vgl. S.113: „Wie viel rechtliche Gleichheit braucht man, um wirklich gleich zu sein?“).

sinnvoll wären. Die Orientierung wesentlicher Teile der digitalen Welt an Bedingungen der Rechteinhaberseite dürfte hier ebenso Handlungsbedarfe entstehen lassen, wie das Auftreten neuer in ihrer Werthaltigkeit von der Mehrzahl der Marktbeteiligten kaum einschätzbarer Gegenleistungsformen.⁴² Die **Ordnungspolitik** wird ihre Maßstäbe hier erst noch zu finden haben. Dabei spielt der Verbraucherschutz eine nicht unerhebliche Rolle.

IV. Normbestand des deutschen Verbraucherrechts

Bereits die **Verschaffung eines Überblicks** über den gesamten Normbestand des deutschen Verbraucherrechts bereitet **erhebliche Schwierigkeiten**. Die 47 Frage „Was ist Verbraucherrecht?“ läßt sich dementsprechend auch nicht durch Verweis auf einen solchen Bestand beantworten. Trotz gelegentlicher rechtspolitischer Forderungen⁴³ besteht keine verbraucherschützende Kodifikation. Auch die vorhandenen Kataloge verbraucherschützender Normen zeichnen kein vollständiges Bild. Dies liegt nicht allein daran, daß Verbraucherrecht in Deutschland immer in dem Sinne unvollständig ist, daß es auf den allgemeinen Regeln des Rechtsverkehrs aufsetzt. Vielmehr ist Verbraucherrecht auch vielfach funktional auf private Marktakteure zugeschnitten, ohne formal entsprechend festgelegt zu sein.

1. Keine Kodifikation

Anders als viele andere europäische Rechtsordnungen verfügt das deutsche Recht nicht über eine Kodifikation des Verbraucherrechts. Ganz **im Gegenteil** 48 hat die Schuldrechtsmodernisierung 2002 eine ganze Reihe von Sondergesetzen hinsichtlich ihrer zivilrechtlichen Teile in das Bürgerliche Gesetzbuch integriert und damit eine das Verbraucherprivatrecht weitgehend einschließende **Rekodifikation des Gesamtzivilrechts** vorgenommen. Diese Entscheidung hat

⁴² Für das damit angesprochene Phänomen des Zahlens mit eigenen Daten siehe insbesondere *Langhanke*, Daten als Leistung, Tübingen 2018; *Langhanke/Schmidt-Kessel*, Consumer Data as Consideration, EuCML 2015, 218 ff.; *Schmidt-Kessel/Grimm*, Unentgeltlich oder entgeltlich? – der vertragliche Austausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten, ZfPW 2017, 84 ff.

⁴³ Vgl. insbesondere den mit deutlicher Mehrheit abgelehnten Beschlußvorschlag Nr. 1.a. für den 69. Deutschen Juristentag 2012, Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentags München 2012, Band II/1: Sitzungsberichte (Referate und Beschlüsse), München 2013, I 87.

eine Fülle von Gesetzesänderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs nach sich gezogen, die insbesondere bewirkt hat, daß seit 2010 nur in verhältnismäßig kurzen Zeiträumen ein hinsichtlich des Verbrauchervertragsrechts aktueller Gesetzestext im deutschen Buchhandel verfügbar war.

Die Frage einer Kodifikation hat der deutsche **Juristentag** des Jahres **2012** auf der Basis des Gutachtens von *Micklitz* ausführlich diskutiert und sich gegen eine solche Kodifikation ausgesprochen. Micklitz hatte seinen Vorschlag einerseits mit der „Dynamik des wendigen Verbraucherrechts“ begründet, welcher das BGB nicht schritthalten könne – ein ausweislich des tatsächlichen Umgangs mit dem Gesetz sehr nachvollziehbares Argument.⁴⁴ Zudem werde der soziale Charakter des Verbraucherrechts so deutlicher sichtbar und leichter erhalten. Zudem sah Micklitz erleichterte Möglichkeiten der Integration von Regeln des öffentlichen Rechts sowie des Prozeßrechts, wie sie insbesondere bei modernen Formen von Dienstleistungen ohnehin verknüpft seien. Diese Grundfrage ist auf dem – ohnehin schlecht besuchten – Juristentag nur **sehr begrenzt diskutiert** worden. Die mit großer Mehrheit erfolgte **Ablehnung** entsprach dann nicht allein der verbreiteten Überzeugung fehlender Reife des Gegenstandes für eine systematisierende Gesetzgebung. Vielmehr war durchaus auch die Sorge spürbar, ein Symbol für nicht mehrheitsfähige ideologische Grundhaltungen zu kreieren.

Bei aller Klage über die für das BGB eingetretene gesetzesdestabilisierende Wirkung der Integration des Verbrauchervertragsrechts in die Zivilrechtskodifikation ist freilich auch darauf hinzuweisen, daß erst diese Integration zu einer breiten Befassung der Zivilrechtswissenschaft mit dem Fragenkreis des nationalen Verbrauchervertragsrechts geführt hat. Zuvor war dies weitgehend den wenigen verbraucherrechtlich spezialisierten Akteuren sowie – wegen der zahlreich zugrundeliegenden Unionsrechtsakte – den Akteuren des europäischen Privatrechts⁴⁵ vorbehalten. Umgekehrt hatten die Diskussionen auf dem deutschen Juristentag aber wenig später auch die Konsequenz, daß der zuständige Unterabteilungsleiter im BMJ, *Oehler*, die Auflösung der bisherigen Verwobenheit von Verbraucherschützendem Widerrufsrecht mit dem

⁴⁴ In seinem Referat auf dem Juristentag, Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages München 2012, Band II/1: Sitzungsberichte (Referate und Beschlüsse), München 2013, I 11, I 15.

⁴⁵ Dazu und zur Untergliederung der verschiedenen Strömungen des europäischen Privatrechts kurz nach der Jahrhundertwende *Schmidt-Kessel*, Auf dem Weg zu einem europäischen Vertragsrecht: Zur Einordnung des Aktionsplans der Kommission RIW 2003, 481 ff.

Rücktrittsfolgenrecht der §§ 346 ff. BGB durchsetzte.⁴⁶ So wollte man im Ministerium auch auf eine mögliche Ausgliederungsentscheidung vorbereitet sein.

Derzeit steht – trotz zunehmender Bedeutung des Verbraucherrechts auch im Bundestagswahlkampf 2017⁴⁷ – eine Sonderkodifikation nicht auf der politischen Agenda. Angesichts der zahlreichen offenen Grundfragen wäre hierzu wohl zunächst eine Verständigung auch im wissenschaftlichen Raum erforderlich, die freilich ein breiteres Interesse der Rechtswissenschaft sämtlicher Disziplinen für das Verbraucherrecht voraussetzt. 50

Zugleich läßt die verstärkte Befassung der Unionsparteien mit dem Verbraucherrecht neben den klassischen politischen Orten bei Sozialdemokratie und Grünen eine weitere Entideologisierung des einschlägigen Rechtsstoffs erhoffen, welche möglicherweise die Mehrheitsfähigkeit kodifizierender Rechtsakte künftig ermöglichen könnte.

2. Begrifflich-normative Erfassung des Normbestandes

Unterhalb der Ebene der Kodifikation finden sich im deutschen und europäischen Verbraucherrecht freilich Regelungen, welche zumindest den Kernbestand des Verbraucherrechts aus der Sicht des europäischen und des deutschen Gesetzgebers verdeutlichen. Es ist dies einerseits die **Liste in § 2 II UKlaG**, welche in wichtigen Teilen auf Anhang I zur UnterlassungsklagenRL 2009/22/EU zurückgeht, aber vom deutschen Gesetzgeber deutlich überschießend umgesetzt worden ist. Die zweite – abschließende Liste – findet sich im **Anhang zur VerbraucherrechtsdurchsetzungsVO** (EG) Nr. 2006/2004 und wird in naher Zukunft durch eine Nachfolgeverordnung ersetzt werden, über die im Sommer 2017 in erster Lesung zwischen Rat und Parlament eine zunächst informelle Einigung erzielt wurde. 51

Ein Durchgang durch beide Listen verschafft einen Grundeindruck vom legislatischen **Kernbestand des deutschen Verbraucherrechts**, auch wenn manche Zufälligkeiten der Listenbildung verdeutlichen, daß sie hinsichtlich der verbraucherschützenden Funktion von Normen jedenfalls für das deutsche Recht **nicht abschließend** sind. Soweit einzelne Rechtsakte in der 52

⁴⁶ Siehe zu dieser konzeptionellen Grundentscheidung den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, BR-Drs. 817/12 vom 21.12.2012, S. 51.

⁴⁷ Siehe nur die vergleichsweise ausführliche Behandlung der Frage einer Musterfeststellungsklage in sog. TV-Duell der Kanzlerkandidaten im Vorfeld der Bundestagswahl 2017.

VerbraucherrechtsdurchsetzungsVO genannt werden, ergibt sich daraus zudem ein starkes Argument für eine Einordnung der betreffenden Rechtsakte unter die Verbraucherschutzgesetze im Sinne von § 2 I 1 UKlaG auch für den Fall, daß die betreffenden Vorschriften in Abs. II der Vorschrift nicht genannt werden.

Zum Kern des Verbraucherrechts zählen danach insbesondere die **Vorschriften**
53 **des BGB** über Außergeschäftsraumverträge, Fernabsatzverträge sowie die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen⁴⁸. Hinzu kommen ausweislich der VerbraucherrechtsdurchsetzungsVO die Bestimmungen zur Umsetzung der Preisangabenrichtlinie 1989/6/EG in Preisangabengesetz und **Preisangabenverordnung**. Hinzu kommen die Vorschriften zur Umsetzung der E-Commerce-RL 2000/31/EG, die sowohl von der Verordnung als auch vom UKlaG (dort allerdings in § 2 II Nr. 2 unvollständig) als Verbraucherschutzrecht eingeordnet wird. Hinzu kommen einige Vorschriften des **Verbraucherstreitbeilegungsrechts**, die vornehmlich die Information der Verbraucher über dieses Instrument im Blick haben.

Nicht in § 2 UKlaG, wohl aber nach § 8 UWG sind ferner die allgemeinen
54 Bestimmungen über **unfaire Geschäftspraktiken** zum Kern des Verbraucherrechts zu rechnen, sodaß insbesondere die Generalklausel des § 3 UWG sowie die schwarze Liste des Anhangs zu § 3 III UWG erfaßt werden. Flankiert wird dies durch die Erfassung der besonderen Regeln zur Fernsehwerbung durch die Artt. 9-11 und 19-26 der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste 2010/13/EU (in Deutschland vor allem landesrechtlich umgesetzt), der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung 2006/114/EG.

Ebenfalls zum Kern des Verbraucherrechts werden die allgemeinen
55 **Qualitätsstandards** beim **Verbrauchsgüterkauf** sowie bei Dienstleistungen gezählt. Für den Warenbereich finden sich von den einschlägigen Vorschriften des BGB abgesehen nur noch das Arzneimittelgesetz sowie die besonderen Vorschriften des Heilmittelwerberechts. Etwas überraschend ist demgegenüber das Fehlen des Produkthaftungs- und Produktsicherheitsrechts sowie des Lebensmittelrechts. Beider Zuordnung zum Kernbestand des Verbraucherrechts läßt sich daher nicht auf diesem Wege begründen.

⁴⁸ Aus historischen Gründen findet sich der Verweis auf die AGB-Inhaltskontrolle in § 1 UKlaG.

Viel **umfangreicher** sind die erfaßten **Regeln des Dienstleistungsbereichs**. Dabei wird die in der VerbraucherrechtsdurchsetzungsVO wie auch in der 56 Unterlassungsklagenrichtlinie 2009/22/EU erwähnte **DienstleistungsRL 2006/123/EG** einerseits insgesamt in Bezug genommen, andererseits jedoch im UKlaG nicht erwähnt, sodaß dort mit einer richtlinienkonformen Auslegung von § 2 I UKlaG zu arbeiten ist. Überraschenderweise nicht erwähnt sind hingegen die Bestimmungen zur Umsetzung der 2013 novellierten BerufsqualifikationsRL 2005/36/EG mit ihren allgemeinen Regelungen zur Anerkennung von Abschlüssen in besonderen Mitgliedstaaten sowie Sonderregeln für Ärzte, Krankenpflegeberufe, Zahnärzte, Tierärzte, Hebammen, Apotheker und Architekten.

Reise- und Beförderungsleistungen bilden einen ersten Schwerpunkt im Dienstleistungsbereich. So sind nicht nur die besonderen Regeln über 57 Pauschalreisen der §§ 651 ff. BGB Kernbestand des Verbraucherrechts, sondern auch das komplette Recht der Teilzeitwohnrechteverträge sowie – ausweislich ihrer Erwähnung in der VerbraucherrechtsdurchsetzungsVO – auch die verschiedenen Passagierrechteverordnungen für den Lufttransport, den Eisenbahntransport, wobei für die Luftbeförderung zusätzlich Artt. 22-24 der Luftverkehrsdienstleistungsverordnung (EG) Nr. 1008/2000 sowie die Sonderregeln für die Beförderungen von behinderten Menschen sowie Personen mit eingeschränkter Mobilität im Luftverkehr benannt werden.

Einen zweiten Schwerpunkt bilden **Finanzdienstleistungen**, und zwar vor allem die Bestimmungen über Verbraucherdarlehensverträge und 58 Darlehensvermittlungsverträge einschließlich der Immobiliarkredite, das Zahlungsdiensterecht (nur im § 2 II Nr. 1 lit. h UKlaG und nicht in der Verordnung) sowie das Zahlungskontenrecht, soweit es das Verhältnis zwischen Zahlungsdienstleister und Verbraucher regelt. Der deutsche Gesetzgeber hat zudem mit § 26 InvG, § 305 KAGB sowie den Vorschriften des 6. Abschnitts des WpHG wichtige anlegerschützende Vorschriften ausdrücklich den Kernbereich zugerechnet.

Eher willkürlich mutet die Liste der weiteren vom deutschen Gesetzgeber dem Kern des Verbraucherrechts zugerechneten Vorschriften über **sonstige** 59 **Dienstleistungen** an. Das gilt zunächst für das Fernunterrichtsschutzgesetz, aber auch für das Rechtsdienstleistungsgesetz sowie das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz. Auch einige Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes zählt der deutsche Gesetzgeber in den Kernbereich. Die Berufsrechte

weiterer Freiberufler finden sich hingegen auch jenseits der BerufsqualifikationsRL 2005/36/EG nicht genannt, obwohl das Unionsrecht entsprechende Regelungen vorhält.

Die besonderen Regeln über Verbraucherbelange in der **digitalen Welt** sind
60 neben dem Fernabsatz- und dem E-Commerce-Recht besonders durch die nur in der Neufassung zur VerbraucherrechtsdurchsetzungsVO künftig benannte Portabilitätsverordnung (EU) 2017/1128 sowie die – für das UKlaG bei ihrer Einfügung rechtspolitisch schwer umstrittenen – Verweise auf datenschutzrechtliche Vorschriften vertreten. Sie sind auch Ausweis der bislang nicht völlig geklärten Stellung des Datenschutzrechts in Bezug auf den Verbraucherschutz (dazu unten Kapitel 2 Rn. 149 ff.).

Insgesamt deutet diese Liste des Kernbereichs den **Reichtum des**
61 **Verbraucherrechts** an, wobei zugleich die **Unvollständigkeit der** beiden zugrundeliegenden **Listen** deutlich wird. Nicht nur die Bestimmungen des allgemeinen Produkt- und Produktsicherheitsrechts sowie des Lebensmittelrechts sind hier nicht vertreten, obwohl sie zweifelsohne ebenfalls zum Kernbestand verbraucherschützender Normen zählen, auch große Teile des Deregulierungsfolgenrechts im Bereich der Daseinsvorsorge, also insbesondere für Telekommunikation und Energieversorgung sowie die Wasserversorgung werden nicht ausdrücklich benannt. Entsprechend heterogen sind auch die in der Kommentarliteratur zu § 2 I UKlaG erörterten Listen.

3. Funktionales Verbraucherrecht

Jenseits der von den verschiedenen Listen – § 2 II UKlaG und den ergänzenden
62 Bestimmungen des UWG, der zugrundeliegenden UnterlassungsklagenRL 2009/22/EG und der Verbraucherrechtsdurchsetzungsverordnung (EG) Nr. 2006 aus 2004 einschließlich ihrer Novelle von 2017 – erfaßten Rechtstexte findet sich **in großem Maße weiteres Verbraucherrecht**. Das gilt etwa für zivilverfahrensrechtliche Sonderbestimmungen (insbesondere die §§ 29c, 79 II 1 Nr. 3, 1031 V ZPO und § 104 UrhG), aber auch für die besonderen Anforderungen an das notarielle Beurkundungsverfahren nach § 17 IIa BeurkG. Während diese Vorschriften grundsätzlich mit dem Verbraucherbegriff des BGB arbeiten, ist dies in anderen Bereichen nicht der Fall. Gleichwohl bilden auch diese weiteren Bereiche Gegenstände und Sachfragen des Verbraucherrechts ab, wobei die Abgrenzung je nach Normkontext differenziert erfolgen muß.

Das gesamte **Lebensmittelrecht** etwa dient bereits ausweislich der Erwägungsgründe und der Zielbestimmungen der LebensmittelbasisVO (EG) 63 Nr. 178/2002 dem Gesundheitsschutz und den Verbraucherinteressen. Diese Ausrichtung setzt sich auch in deutschen Lebens- und Futtermittelgesetzbuch, aber auch den weiteren unionsrechtlichen Rechtsakten wie der LebensmittelinformationspflichtenVO (EU) Nr. 1169/2011, der LebensmittelqualitätsVO (EU) Nr. 1151/2012 sowie der Health-Claims-VO (EG) Nr. 1924/2006 fort. Über die Zugehörigkeit dieser Vorschriften zur deutschen Verbraucherrechtssystematik besteht trotz ihrer fehlenden Erwähnungen in den oben besprochenen Listen kein Zweifel.

Ebenfalls ausdrücklich dem Verbraucherschutz verpflichtet und damit dem Verbraucherrecht zugehörig ist eine Reihe von 64 **Privatisierungsfolgeregulierungen**, insbesondere in den Bereichen des Energie- und des Telekommunikationsrechts. So dient das **Energiewirtschaftsgesetz** ausweislich seiner Zweckbestimmung im § 1 I EnWG auch der verbraucherfreundlichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas. Diese Zwecksetzung schlägt sich sodann in einer Reihe von energierechtlichen Regeln zum Schutz des Verbrauchers und seiner Interessen nieder.

Dabei ist der Verbraucherbegriff (Letztverbraucher i.S.v. § 3 Nr. 25) nicht auf natürliche Personen beschränkt, während Haushaltskunden (§ 3 Nr. 22 EnWG) zusätzliche Sonderregeln schützen. Verbraucherschützende Wirkungen haben etwa die Vorschriften über die Netzanschlusspflicht in §§ 17, 18 EnWG sowie die Regeln zur Grundversorgung in den §§ 36 ff. EnWG.

Hinzu kommen Bestimmungen in einer Reihe von **energierechtlichen Nebengesetzen**, etwa zur Regelung der EEG-Umlage in § 61 EEG, die besonderen Mitteilungspflichten nach § 24 EEG sowie die Anwendbarkeitserklärung der §§ 8-14 UWG für Verstöße gegen §§ 19-55a EEG durch § 82 EEG.

Ähnlich ist die Lage im **Telekommunikationsrecht**, welches insbesondere im Telekommunikationsgesetz zahlreiche verbraucherbezogene Regelungen 65 enthält. Auch dieses Gesetz nennt den Nutzer- und insbesondere den Verbraucherschutz als Ziel der unter ihm erfolgenden Regulierung (§ 2 II Nr. 1 TKG) und hebt daraus den § 2 II Nr. 4 TKG die flächendeckende Grundversorgung auch in ländlichen Räumen mit Telekommunikationsdiensten besonders hervor.

Mit einem eigens definierten Verbraucherbegriff arbeitet das Telekommunikationsrecht hingegen nicht. Unter der Überschrift „Kundenschutz“ enthalten die §§ 43-47b zahlreiche im Kern verbraucherschützende Vorschriften, wobei selten ausdrücklich an den Verbraucher angeknüpft wird. Von besonderer verbraucherrechtlicher Relevanz sind zudem die Vorschriften über die Numerierung und Bepreisung inklusive Preisangaben in §§ 66-66m TKG, für deren Durchsetzung der BNetzA in § 67 TKG zusätzlich eine Art Generalklausel („Anordnungen und andere geeignete Maßnahmen“) zur Verfügung gestellt wird. Die Sicherstellung der Grundversorgung erfolgt schließlich auf der Basis der in §§ 78 ff. TKG enthaltenen Regelungen über Universaldienstleistungen. Dort wird allerdings nicht ausdrücklich auf Verbraucher Bezug genommen.

66 Auch in zahlreichen **weiteren Bereichen** finden sich Bestimmungen, die insbesondere dem Verbraucher und seinem Schutz zu dienen bestimmt sind. Soweit diese den Verbraucher nicht ausdrücklich nennen, ist funktional danach zu fragen, ob ihr **Anwendungsbereich auf private Teilnehmer beschränkt oder zumindest fokussiert** ist oder ob die betreffenden Vorschriften bei privaten Teilnehmern besondere Wirkungen entfalten und Konkretisierungen erfahren können.

Dabei sind Typisierungen nicht immer möglich, wie sich etwa an verbraucherfreundlichen Auslegungen von § 139 ZPO zeigt: Die Vorschrift ist völlig auf den Einzelfall bezogen und daher einer typisierenden Abgrenzung nach der *lex lata* nicht zugänglich.

67 Das wohl wichtigste Beispiel einer rein funktionalen Zuordnung zum Verbraucherrecht bildet das besondere **Produkthaftungsrecht** des Produkthaftungsgesetzes. Anders als die Haftungsbestimmung des § 84 AMG, welche gemäß § 2 II Nr. 5 UKlaG ausdrücklich dem Verbraucherrecht zugeschrieben wird, ist dies bei dem die Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG umsetzenden Produkthaftungsgesetz nicht der Fall. Gleichwohl handelt es sich funktional um Verbraucherrecht, weil das Gesetz ausweislich der erfaßten Schädigungen **auf Verbraucher fokussiert** ist. Die im § 1 I 1 ProdHaftG erfaßte Tötung eines Menschen oder Verletzung seines Körpers oder seiner Gesundheit betrifft das Opfer in allererster Linie in seinem privaten Status. Ausdrücklich erfolgt eine solche Beschränkung für die ebenfalls erfaßten Sachbeschädigungen durch die Beschränkung von Sachen, die ihrer Art nach gewöhnlich für den privaten Ge- oder Verbrauch bestimmt oder vom Geschädigten hauptsächlich hierzu verwendet worden sind durch § 1 I 2 ProdHaftG. Das Gesetz zielt also insgesamt auf den privaten Geschädigten und ist damit Verbraucherrecht.

Für das **Produktsicherheitsrecht** und insbesondere das Produktsicherheitsgesetz ergibt sich diese Zuordnung hingegen unmittelbar aus den **Bezugnahmen auf Verbraucher und Verbraucherprodukte**, wie sie insbesondere in § 2 Nr. 26 und § 6 ProdSG erfolgen.

Weitere Beispiele funktionalen Verbraucherrechts sind ungeachtet ausdrücklicher Erwähnungen in den Listen von § 2 II UKlaG und dem Anhang 68 zur Verbraucherrechtsdurchsetzungsverordnung das Reiserecht der §§ 651a ff. BGB sowie große Bereiche des Kundenschutzes im Finanzdienstleistungsbereich. In beiden Fällen steht die Leistung des Unternehmers an Private im Mittelpunkt der Gesamtregelung, ohne daß immer ausdrücklich auf Privatleute Bezug genommen würde. Im Anlegerschutzrecht wird zusätzlich nach Anlegertypen unterschieden, wobei Privat- und Kleinanleger funktional als Verbraucher einzuordnen sind.

V. Verbraucherrecht als Disziplin

Bildet das Verbraucherrecht eine eigene juristische Subdisziplin? Legt man der Antwort auf diese Frage eine eher **formale Betrachtung** zugrunde,⁴⁹ genügen 69 für die Feststellung der Entstehung einer juristischen Disziplin die Aufnahme in Studien- und Prüfungsordnungen, die Gründung von Zeitschriften mit längerer Lebensdauer die Einrichtung von Lehrstühlen und Instituten sowie die Pflege des akademischen Diskurses auf Tagungen, Kongressen und Symposien. All dies ist zweifellos als gegeben anzusehen, sodaß formal tatsächlich von einem Bestand als wissenschaftlicher Disziplin auszugehen ist.

Allerdings hat ein solch formaler Ansatz ganz erhebliche Schwächen. Wenn staatlicherseits Konferenzen bezahlt werden, Reisekosten ersetzt werden und Personal bereit gestellt wird, sind dies keine wissenschaftlichen Kriterien. Auch die bislang ausgebliebene Institutionalisierung eines Fachanwalts für Verbraucherrecht begründet noch keine rechtswissenschaftliche Disziplin.

Legt man hingegen **materielle Kriterien** zugrunde, welche die Identität einer Disziplin ausmachen, sind ein zumindest im Kern gesicherter 70 **Forschungsgegenstand**, eine Methode des Fachs, die diese stützenden Theorien sowie die verfolgten Forschungszwecke erforderlich.⁵⁰ Dabei bereitet die Bestimmung des Forschungsgegenstandes – trotz aller Unübersichtlichkeit – vergleichsweise geringe Schwierigkeiten, weil der Kern dieses Gegenstandes nach den Ausführungen des vorigen Abschnittes einigermaßen feststeht. Allein

⁴⁹ So etwa *Stolleis*, Wie entsteht ein Wissenschaftszweig? Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht nach dem Ersten Weltkrieg, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht – Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstags von Reiner Schmidt, Mohr Siebeck: Tübingen 2002, 1-13.

⁵⁰ So vor allem *Schmidt-Aßmann*, Zur Situation der rechtswissenschaftlichen Forschung, JZ 1995, 2, 7 ff.

die nicht völlig geklärte und wohl auch dauerhaft offenbleibende Frage, ob Verbraucher eher den Privatmann oder den Nachfrager meint, scheint hier entgegenzustehen. Soweit diese Differenzierung offengelegt wird, ist sie aber kein Hinderungsgrund für eine Disziplin, sondern Teil der Forschungsfrage.

- Auch hinsichtlich der **theoretischen Grundlegung** von Verbraucherrecht und
- 71 seinen Zwecken ist hinreichend Substanz für eine Ausprägung als eigene Subdisziplin vorhanden. Auch wenn klassentheoretische Ansätze heute als überholt zu gelten haben, und der Ansatz einer typisierten Kompensation von Ungleichgewichtslagen lediglich auf Risiken des Leistungsaustauschs zielt und Integritätsverletzungen sowie Versorgungsdefizite und die dazu gehörenden Ausgleichsmechanismen nicht hinreichend erklären kann, besteht ein hinreichendes – wenn auch noch weiter ausbaufähiges – theoretisches Gerüst für eine Disziplinbildung. Das gilt erst recht, wenn Verbraucherrecht zum Zwecke der Steuerung des sozioökonomischen Gesamtsystems eingesetzt wird und mit der „Verbraucherschaft“ insgesamt die Nachfrageseite und deren Macht zu Steuerungszwecken dient (zu dieser zweiten Schiene s.u. Kapitel 2).

- Auch **methodisch** lassen sich durchaus Besonderheiten feststellen, auch wenn
- 72 das Verbraucherrecht in seiner Auslegung den klassischen dogmatischen Pfaden folgt. Richtigerweise wird man nämlich den immer wieder propagierten *favor consumatoris* als generelle Auslegungsmaxime⁵¹ nicht durchgreifen lassen. Hingegen sind gerade bei steuerungstheoretischen Konzeptionen des Verbraucherrechts Überlegungen zu einer Beschränkung der Analogie im Verbraucherrecht angebracht. Das gilt vor allem dort, wo strafrechtlichen Sanktionsnormen oder verwaltungsrechtlichen Eingriffstatbeständen vergleichbar zwingendes Zivilrecht mit überindividuellen Zwecksetzungen dieser Art erlassen wird.

- Beim derzeitigen Stand des Verbraucherrechts in Deutschland und unter
- 73 Berücksichtigung der enorm hohen Änderungsgeschwindigkeit gerade in der abgelaufenen Wahlperiode ist **erster Zweck** einer Wissenschaft vom Verbraucherrecht die **Konsolidierung und Systematisierung des bestehenden Normengeflechts**. Dabei ist weniger an das vergleichsweise gut

⁵¹ Dafür etwa *Tonner*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 30. 4. 2002, Rs. C-400/00 (*Club-Tour, Viagens e Turismo SA/Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido*), EuZW 2002, 402-404; *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht, München 2004, 7. Dagegen mit Recht insbesondere *Riesenhuber*, Kein Zweifel für den Verbraucher, JZ 2005, 829-835 sowie *Riesenhuber*, in Riesenhuber (Hrsg.), Handbuch Europäische Methodenlehre, § 11 Rn. 54-60.

erschlossene Verbraucherprivatrecht und Verbrauchervertragsrecht zu denken als vielmehr an dessen Zusammenspiel mit den anderen großen Teildisziplinen, für welche verbraucherbezogene Überlegungen teilweise noch nicht gleichermaßen fortgeschritten sind. Eine zweite Frage ist die eingehende **Prüfung der Geeignetheit des** vorhandenen verbraucherrechtlichen **Instrumentariums**, für das freilich ein Lehrbuch wie das vorliegende nur begrenzt geeignet ist. Schließlich geht es auch darum, die **verbraucherbezogene Politik** gegen den Handlungsdruck einer medial konstruierten Öffentlichkeit zu **immunisieren**. Eine medial getriebene operative Hektik des Gesetzgebers im Bereich des Verbraucherschutzes ist der Rechtssetzungsqualität nämlich alles andere als dienlich. Sie verhindert vielfach auch die angemessene Vermittlung des neuen Rechts im akademischen und berufsbildenden Unterricht.

VI. Verbraucherrecht und Verbraucherpolitik

Verbraucherrecht ist ein **Instrument der Verbraucherpolitik**⁵². Dieser durchaus schillernde Begriff kennt theoretische, wie pragmatisch-politische Spielarten, die nicht immer auseinandergehalten werden. Wissenschaftlich-theoretisch wird Verbraucherpolitik vor allem durch die Vertreter der politischen Ökonomie⁵³ oder den Politikwissenschaften und der politischen Soziologie⁵⁴ erfaßt. 74

Analytisch werden hierbei verschiedene Grundkonzeptionen einander gegenübergestellt, die dem sehr differenzierten juristischen und 75

⁵² Auf diesen Zusammenhang weist etwa *Meier*, Verbraucherpolitik in der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt a. M. u. A. 1984, 173 ff. hin.

⁵³ Siehe etwa die Arbeiten von *Scherhorn*, Verbraucherinteresse und Verbraucherpolitik, Göttingen 1975; *Meier*, Verbraucherpolitik in der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt a. M. u. A. 1984; *Kuhlmann*, Verbraucherpolitik. Grundzüge ihrer Theorie und Praxis, München 1990; *Mitropoulos*, Verbraucherpolitik in der Marktwirtschaft. Konzeption und internationaler Erfahrungen, Berlin 1997.

⁵⁴ Siehe insbesondere die partizipativen Ansätze bei *Münkler*, der kompetente Bürger, in *Klein/Schmalz-Bohns* (Hrsg.), politische Beteiligung und Bürgerengagement in Deutschland, Bonn 1997, 153 ff.; *Lammla*, Verbraucherdemokratie. Politische Soziologie der Konsumgesellschaft, Berlin 2013; *Hälterlein*, die Regierung des Konsums, Wiesbaden 2015. Besonders wirkmächtig mit der führend von *Stolle/Micheletti*, Political consumerism. Global responsibility in action, New York 2013, geschrieben in Figur politischen Konsums im Sinne einer selbstorganisierten politischen Steuerung durch Nachfragemacht.

rechtswissenschaftlichen Zugang nicht immer gerecht werden. So bildet etwa die These von der Wettbewerbspolitik als einziger Verbraucherpolitik, wie sie dem **Ordoliberalismus** der Freiburger Schule zugeschrieben wurde, die Realität verbraucherschützender Instrumente bei weitem nicht vollständig ab. Auch ein liberales **Wettbewerbs- und Informationsmodell** oder das auf die Nachfragemacht bezogene **Gegenmachtmodell** oder auch rein verhaltenswissenschaftliche Modelle, entspricht nicht hinreichend den Realitäten des Verbraucherrechts. Dasselbe gilt für die in Antwort auf diese Grundhaltungen entwickelten, aber immer noch generalisierenden Konzeptionen, die teilweise eher interventionistisch denken und andererseits von massiver Interventionsskepsis geprägt sind⁵⁵.

76 In der **politischen Praxis** des Verbraucherrechts sind diese großen theoretischen Ansätze **sehr viel pragmatischeren Mixturen** gewichen. Sie kombinieren die Sensibilität für Wettbewerb und Ordnungspolitik, Gegenmachtideen und verhaltenswissenschaftliche Überlegungen und Erkenntnisse miteinander und bilden mehr oder weniger starke Interventionen als rechtspolitische Folgeentscheidungen aus.

77 Dabei finden sich politisch **zwei grundlegende Stoßrichtungen** oder Akzentsetzungen, die in den Rechtswissenschaften selten wahrgenommen werden, aber auch für das Verbraucherrecht zentral sind (dazu unten Kapitel 2 Rn. 91 ff.): In nahezu allen Teilen des politischen Spektrums grundsätzlich akzeptiert ist der **Schutz** der Verbraucher vor den Risiken seiner privaten Betätigung am Markt. Gegenstand der Auseinandersetzung sind jeweils die Bewertung der Risiken einerseits und die Angemessenheit der darauf ausgerichteten Reaktionen andererseits, die von Standardsetzungen bis hin zu repressiven Verboten reichen können. Die Debatten um das richtige Maß ändern jedoch nichts um die **grundsätzliche Akzeptanz des Verbraucherschutzes** in diesem Sinne.

78 Deutlich weniger konsensfähig ist – jedenfalls auf den ersten Blick – der Einsatz des Verbraucherrechts zu **generellen Steuerungszwecken** durch die Verbraucherpolitik. Dabei liegt die Schwierigkeit weniger in der Hinnahme von Steuerungswirkungen verbraucherschützender Maßnahmen als vielmehr in der

⁵⁵ Siehe den hilfreichen Überblick über die verschiedenen Grundkonzeptionen bei *Mitropoulos*, Verbraucherpolitik in der Marktwirtschaft. Konzeptionen und internationale Erfahrungen, Berlin 1997, 18 ff.

generellen Frage nach der **Legitimität dieses Instruments** und der erheblich schwierigeren Problematik, daß die Nutzung des Instruments Nachfragemacht, selber politisch **mit höchst unterschiedlichen Zielen ausgefüllt** werden kann. Die Ertüchtigung der Verbraucher zur Verwirklichung des Europäischen Binnenmarktes fällt hierunter ebenso wie Boykottforderungen aus politischen Gründen, die nicht allein deshalb akzeptabel sind, weil sie der Neigung von Bevölkerungsmehrheiten entsprechen – das lehrt auch der Einsatz dieses Instrumentariums durch den Nationalsozialismus.

Beide Spielarten oder Akzentsetzungen lassen sich weder im politischen Tagesgeschäft, noch in der **Bestimmung des Telos** gesetzter Normen stets klar voneinander scheiden. Gleichwohl ist die Frage nach dem Regelungszweck durch diese **Dichotomie der Akzentsetzungen** analytisch vorgeprägt und darf bei der Bewertung von Verbraucherpolitik nicht außer Acht gelassen werden. 79

VII. Verbraucherrecht und Verbraucherwissenschaften

Vor allem auf Betreiben des damaligen Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz haben sich seit der Jahrhundertwende und dann ab 2011 institutionelle Ansätze zur **Erschließung eines Forschungsfeldes „Verbraucherwissenschaften“** ausgebildet⁵⁶. Mit der Institutionalisierung des Netzwerks Verbraucherforschung zunächst beim BMELV und seit 2013 beim BMJV hat dieses Forschungsfeld⁵⁷ eine besondere Institutionalisierung erfahren. 80

Peter Kenning hat dieses **Forschungsfeld definiert** als

„Wissenschaften, deren Gegenstand darin besteht, unter Zuhilfenahme von Theorien, Erkenntnissen und Methoden verschiedener Disziplinen die regelmäßig ökonomisch geprägter Institution des Verbrauchers primär zu beschreiben und zu verstehen.“⁵⁸ 81

⁵⁶ Politisch von besonderem Gewicht war insofern die Stellungnahme des wissenschaftlichen Beirats für Verbraucher- und Ernährungspolitik beim damaligen BMVEL aus dem Jahre 2004 von *Leonhäuser, Hansen, Karg, Micklitz, Reisch* und *Wagner*, Verbraucherpolitik-Forschung.

⁵⁷ Unpräzise ist hingegen der Versuch, Verbraucherwissenschaften als eigene Disziplin zu begründen bei *Kenning* 14.

⁵⁸ *Kenning* 7.

Verzichtet man aus dieser Definition auf die – ebenso selbstverständliche wie relativ weitschweifige – Beschreibung der Interdisziplinarität⁵⁹, verbleibt als Definition „Wissenschaften, deren Gegenstand darin besteht, die regelmäßig ökonomisch geprägte Institution des Verbrauchers primär zu beschreiben und zu verstehen“. Die Aufnahme des Terminus „ökonomisch“ in die Definition legt dabei einen innerdisziplinär nicht klar zuordenbaren **wirtschaftswissenschaftlichen Bias** der Definition bereits im Ansatz offen. Er vernachlässigt nicht allein die – vermutlich ohnehin nachrangige – bewußt unökonomische Fassung des rechtlichen und rechtspolitischen Verbraucherbegriffs als private Teilnahme am Markt, sondern ist auch kaum geeignet rein kulturwissenschaftliche Zugänge zum Konsum – die nicht allein historisch wirken – angemessen abzubilden. Auch – nicht-verhaltenswissenschaftliche – humanwissenschaftliche Zugänge, etwa hinsichtlich Gesundheitsgefahren oder Persönlichkeitsbeeinträchtigungen bleiben außen vor, obwohl jedenfalls erstere einer ökonomischen Bedürfnisbefriedigung noch vorausliegen. Verzichtet man dementsprechend auch auf die Formulierung einer regelmäßig ökonomischen Prägung, verbleibt – unter vorläufiger Hinnahme des unglücklichen Institutionen-Begriffs – der Blick auf die Verbraucherwissenschaften als

„Wissenschaften, deren Gegenstand darin besteht, die Institution des Verbrauchers zu beschreiben und zu verstehen.“

Dies sollte – auch ob seiner Trivialität – allgemein konsensfähig sein.

Die festgestellte wirtschaftswissenschaftliche Schlagseite ist bei *Kenning* auch
82 Ausfluß des Umstands, daß eine primär ökonomische Interpretation der Verbrauchsfunktion angenommen wird.⁶⁰ Sie entspricht auch teilweise der in den USA für Forschungen zum Verbraucherverhalten üblichen Terminologie des **Consumer Research**, zu deren Hauptakteuren in großem Maße auch solche der Ökonomik und der Betriebswirtschaftslehre zählen. Zwar ist die besondere Bedeutung gerade auch der verschiedenen Wirtschaftswissenschaften für das Untersuchungsfeld „Verbraucher“ völlig unbestreitbar, ihre Überbetonung gefährdet jedoch nicht allein die Akzeptanz, sondern auch die Unbefangenheit des Erkenntnisprozesses.

⁵⁹ Die weitergehende These einer „Transdisziplin“ (*Kenning* 15) ist nicht wirklich weiterführend, weil sie lediglich die Gemeinschaft des Erkenntnisobjekts betont, welche bislang jedenfalls noch nicht hinreichend gesichert ist.

⁶⁰ *Kenning* 7.

Als ein **zentraler Treiber** der Ausbildung des Forschungsfeldes hat sich das Teilgebiet **Konsumentenverhaltensforschung** entwickelt, wie es auch der US- 83
amerikanischen Idee des *Consumer Research* zugrunde liegt.⁶¹ Bereits dieses Teilgebiet der Verbraucherrwissenschaften ist Gegenstand stark interdisziplinärer Arbeiten und verbindet die Perspektiven der Psychologie und der Sozialpsychologie mit denen der klassischen wirtschaftswissenschaftlichen Marketingforschung, der Ökonomik sowie der Soziologie, der Kulturanthropologie und den Sprachwissenschaften und schließlich auch der Biologie und der Physiologie, die mit den Beiträgen der Neurowissenschaften wesentliche zusätzliche Techniken in jüngerer Zeit hinzugewonnen haben. Auch sie sind freilich in mehrfacher Hinsicht nicht ohne Kritik geblieben. Diese zielte nicht zuletzt auf die besondere Gewichtung der Naturwissenschaften in diesem Kontext und des damit verbundenen „Neurozentrismus“.⁶²

Die Aussagen der Verhaltenswissenschaften sind dabei nicht allein für die beteiligten Disziplinen von besonderer Bedeutung, sondern gestatten auch 84
Folgerungen für die Effekte des Verbraucherverhaltens auf sozioökonomische Systeme wie auch auf die Eignung der im Kontext des Verbraucherverhaltens eingesetzten rechtlichen Instrumente. Im erstgenannten Sinne ist die Verbraucherverhaltensforschung daher auch für die Politikwissenschaften und die politische Soziologie zentral⁶³. Auch Ethiker – insbesondere aus der Unternehmensethik – bedienen sich der Erkenntnisse der Verhaltenswissenschaften.

Daß die Verhaltenswissenschaften trotz aller großen Erfolge und trotz ihrer Funktion als Schrittmacher für die Verbraucherrwissenschaften kein 85
Erklärungsmonopol beanspruchen kann, zeigen **kulturwissenschaftliche**

⁶¹ Aus deutscher Perspektive führend ist insoweit das Werk von *Kroeber-Riel/Gröppel-Klein*, Konsumentenverhalten, 10. Aufl. München 2013 zu nennen, ferner *Trommsdorff/Teichert*, Konsumentenverhalten, 8. Aufl. Stuttgart 2011 sowie für ein zusätzliche Begründungssätze lieferndes Spezialgebiet *Kenning*, Consumer Neuroscience. Ein transdisziplinäres Lehrbuch. Stuttgart 2014.

⁶² In Deutschland etwa *Gabriel*, Ich ist nicht Gehirn. Philosophie des Geistes für das 21. Jahrhundert, Berlin 2015.

⁶³ Siehe etwa *Strünck*, Die Macht des Risikos. Interessenvermittlung in der amerikanischen und europäischen Verbraucherpolitik, Baden-Baden 2006; *Stolle/Micheletti*, Political Consumerism. Global Responsibility in Action, New York 2015; *Hälterlein*, Die Regierung des Konsums, Wiesbaden 2015 sowie *Lamla*, Verbraucherdemokratie, Berlin 2013 und *Hellmann*, Der Konsum der Gesellschaft. Studien zur Soziologie des Konsums, Wiesbaden 2013.

Ansätze, die nicht selten – ohne wirtschaftswissenschaftliche Fragestellungen völlig auszublenden – tendenziell historisch fragen. Neben der allgemeinen Konsumgeschichtsforschung⁶⁴ sind hier insbesondere kultur- und mentalitätsgeschichtliche Betrachtungsweisen von besonderem Wert⁶⁵.

Die **Rolle der Rechtswissenschaften** im Kontext des weiten Forschungsfelds
86 der Verbraucherwissenschaften ist gleichfalls **nicht frei von Befangenheiten**⁶⁶. Sie dienen in ihrer Untersuchung des Verbraucherrechts zunächst der wissenschaftlichen Begleitung der Umsetzung verbraucherpolitischer Entscheidungen durch Rechtsetzung und Rechtsanwendung. Dabei bieten sie die Schnittstelle sowohl in der Entstehung der förmlichen Umsetzung, weil sie einen zentralen Beitrag zur „**Übersetzung**“ **der verbraucherwissenschaftlichen Erkenntnisse** und verbraucherpolitischen Entscheidungen in das Recht leisten, als auch in der späteren Anwendung. Dabei darf auch der vor allem systemische Eigenbeitrag des Rechts und der Rechtswissenschaften nicht unterschätzt werden: Nicht selten hält das Recht und halten die Rechtswissenschaften Instrumente vor, welche aufgrund wissenschaftlicher Erkenntnisse anderer Disziplinen erst als künftige Rechtssetzung gefordert werden.

Ein schönes Beispiel ist dabei die klassisch europäische Aushebelung des *caveat emptor*-Prinzips durch die Qualitätsstandards der Sachmängelgewährleistung und ihrer Common Law-Schwester der *implied terms*. Diese gleichen nicht allein Informationsasymmetrien aus, sondern auch materiale Nachteile qua überlegener Verhandlungsmacht.

⁶⁴ König, Kleine Geschichte der Konsumgesellschaft. Konsum als Lebensform der Moderne, 2. Aufl., Stuttgart 2013; Kleinschmidt, Konsumgesellschaft, Göttingen, 2008; König, Konsumkultur. Inszenierte Warenwelt um 1900, Wien 2009. Walter, Geschichte des Konsums. Erträge der zwanzigsten Arbeitstagung der Gesellschaft für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, 23. – 26. April 2003 in Greifswald, Stuttgart 2004. S. ferner Kühschelm (Hrsg.), Konsum und Nation. Zur Geschichte nationalisierender Inszenierungen in der Produktkommunikation, Bielefeld 2012.

⁶⁵ Siehe etwa Ruppert (Hrsg.), Fahrrad, Auto, Fernsehschrank. Zur Kulturgeschichte der Alltagsdinge, Frankfurt a. M. 1993; ferner Schivelbusch, das Paradies, der Geschmack und die Vernunft. Eine Geschichte der Genußmittel, München/Wien 1980 sowie Schivelbusch, Das verzehrende Leben der Dinge. Versuch über die Konsumtion, München 2015.

⁶⁶ Siehe insbesondere Micklitz, Verbraucherwissenschaft und -politik im Spannungsfeld zwischen Diskontinuität und Kontinuität, Kenning (Hrsg.) 31, 34 (Rechtswissenschaft als Speerspitze der Verbraucherpolitik) unter Hinweis auf die Verbraucherbotschaft Präsident Kennedys vom 15. März 1962 und die darin etablierte Rhetorik von den Rechten des Verbrauchers.

Eine ähnliche Übersetzungsleistung hat die Rechtswissenschaft sodann im Rahmen der – auf welcher Methode auch immer beruhenden – **Evaluation etablierter Rechtsregeln** durch andere Disziplinen zu erbringen. Erst im Zusammenwirken mit dem Normverständnis können diese ihre Wirkungen entfalten. 87

Schließlich kommt dem Recht und den Rechtswissenschaften die **zentrale Funktion pragmatisch getriebener Differenzierung** zu. Da das Recht jeden einzelnen Verbraucherfall gesondert und sachgerecht und damit im Kern situationsbezogen zu entscheiden hat, sind ihm viele **Komplexitätsreduktionen von Modellbildungen anderer Verbraucherwissenschaften fremd**. Das gilt auch, soweit argumentativ oder rechtswissenschaftlich in Prinzipien und nicht in den Bahnen des Tatbestand-Rechtsfolge-Syllogismus gedacht wird. Es ist daher nicht überraschend, daß das Verbraucherrecht Mehrfachzwecksetzungen offenlegt und auf die beiden maßgeblichen Akzentsetzungen beim Regelungstelos – Verbraucherschutz und Steuerung durch Nachfragemacht als die wichtigste Differenzierung – hinweist. Zwar verbietet sich dem Recht nicht generell „jede schematische Betrachtung“, jedoch ist sein Differenzierungsgrad aufgrund – teils jahrhundertealter – rechtlicher Erfahrung sowie aufgrund der großen Autonomie einer Vielzahl von Akteuren erheblich größer, als manches Erklärungsmodell – vor allem der Makroperspektive – es wahrhaben will. In dieser – **Modell-destruktiven – Funktion** der Erzwingung von Differenzierung, treffen sich Recht und Rechtswissenschaft auch mit der Vielfalt der Erkenntnisse der empirischen Verbraucherverhaltenswissenschaften. 88

Kapitel 2: Ziele des Verbraucherrechts

Literatur: *Schmidt-Kessel*, Verbraucherschutzrecht in der EU, in: Gebauer/Teichmann (Hrsg.), Europäisches Privat- und Unternehmensrecht (EnzEuR Bd. 6) § 4, S. 223-380 (zitiert EnzEuR Bd. 6, § 4 Rn.); *Wiebe*, Unternehmerfreiheit versus Verbraucherschutz?! Das Verhältnis zwischen Unternehmerfreiheit und Verbraucherschutz im Spiegel des öffentlichen Verbraucherschutzrechts, Baden-Baden 2017.

Die Etablierung eines neuen Rechtsgebiets – und parallel dazu einer neuen juristischen Subdisziplin – geschieht nicht ohne Grund und schon gar nicht 89 aufgrund einer rechtswissenschaftlichen Lust am Sortieren des Systems. Vielmehr ist das Verbraucherrecht **dezidiert teleologisch**. Vor dem Eintritt in die Einzelheiten dieses Rechtsgebiets ist daher ein Blick auf die mit dem Verbraucherrecht verbundenen Telea zu werfen.

Schon der Blick auf die verbraucherpolitischen Akzentsetzungen zeigt dabei, daß die **dem Verbraucherrecht eigenen Zielsetzungen nicht einheitlich** bestimmt 90 werden können. Im Anschluß an die terminologische Differenzierung in Art. 169 I AEUV ist verbraucherrechtlich vielmehr zwischen dem Zweck des Verbraucherschutzes und dem Zweck der Förderung der Verbraucherinteressen zu differenzieren. Dabei handelt es sich um die rechtsterminologische Fassung der Dichotomie der oben beschriebenen politischen Zielsetzungen. Für das Verbraucherschutzrecht sind insgesamt fünf etablierte Schutzzwecke auszumachen, die mit politischen Kategorien – etwa des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes – nicht in jeder Hinsicht übereinstimmen. Ob die Wahrung der Autonomie des Verbrauchers dabei eher instrumentalen Charakter hat (im Sinne eines Zwischenziels) oder ob ihr die Eigenschaft eines eigenständigen Schutzziels des Verbraucherrechts im Sinne eines Metaschutzziels zukommt, ist dabei gesondert zu fragen. Ähnliche Erwägungen sind angezeigt, wenn Schutzziele nicht individuell, sondern überindividuell oder gar „kollektiv“ formuliert werden. Geht es insoweit um Schutz oder schon um Steuerung über die Nachfrageseite? Sowohl hier als auch im offenen nächsten Schritt des Einsatzes von Verbraucherrecht zur Förderung von Verbraucherinteressen – also der juristischen Terminologie für die Steuerung über die Nachfrageseite – finden sich wenig praktische Beispiele. Das gilt ohnehin schon für juristische Ausprägungen von Gegenmachtüberlegungen, aber auch für ordnungspolitische Überlegungen etwa zu vertraglichen Risikoverteilungen oder disziplinären Zuordnungen von Sachfragen. Anders als manch theoretische Streitigkeit suggeriert, bildet das Verbraucherrecht bereits in seinen Zielsetzungen eine vergleichsweise große Vielfalt ab. Sie schlägt sich in der verbreiteten **Multifunktionalität vieler**

verbraucherrechtlicher Normen nieder, die ihrer Erfassung in einfachen Modellbildungen hartnäckig Widerstand leistet.

I. Verbraucherschutz und Verbraucherinteressen

- Art. 169 I AEUV differenziert in seiner Ordnung der verbraucherpolitischen
- 91 Kompetenzen der Europäischen Union – entsprechend den divergierenden Zielrichtungen Schutzkonzept und Nachfrageorientierung europäischer Verbraucherpolitik – ganz ausdrücklich zwischen der **Förderung der Interessen der Verbraucher** und der **Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus** und verbindet damit unterschiedliche Gestaltungsspielräume der Union.⁶⁷

Eine eingehende Betrachtung der Vorschrift ergibt für den Verbraucherschutz die Verweisung des Art. 169 II lit. a AEUV auf die Binnenmarktkompetenz nach Art. 114 AEUV, so daß nach klassischem Verständnis vom Binnenmarktrecht als einem Freiheitsermöglichungsrecht (auch) Verbraucherschutzrecht nur zum Abbau von Hemmnissen für die Grundfreiheiten oder zum Abbau von spürbaren Wettbewerbsverfälschungen gesetzt werden darf. Mit der Akzentverschiebung hin zu einem Binnenmarkt im Gleichgewicht durch Art. 3 III EUV eröffnet jedoch seit dem Vertrag von Lissabon richtigerweise Art. 114 AEUV zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes auch rein freiheitsbeschränkende Maßnahmen, welche Risiken begegnen (sollen), die sich aus dem freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital im Raum ohne Binnengrenzen ergeben.⁶⁸ Für die nachfrageorientierte Politik einer Förderung der Verbraucherinteressen sind der Europäischen Union nach Art. 169 II lit. b AEUV hingegen nur „Maßnahmen zur Unterstützung, Ergänzung und Überwachung der Politik der Mitgliedstaaten“ möglich.⁶⁹

- Dieselbe Differenzierung findet sich auch einfachgesetzlich, und zwar mit
- 92 hinreichender Deutlichkeit vor allem im sekundären Unionsrecht: Die allgemeine Zielbestimmung zur **LebensmittelinformationspflichtenVO** (EU)

⁶⁷ Dazu bereits ausführlich für das Unionsrecht Frankfurter Kommentar/*Schmidt-Kessel* Art. 12 AEUV, Rn. 18 ff. sowie darauf beruhend *Schmidt-Kessel*, *EnzEuR* Bd. 6, § 4 Rn. 2-20. Diese Zweiteilung wird – überraschenderweise – ansonsten selten ausdrücklich beschrieben; ähnlich wie hier aber bereits *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 64 ff. sowie *Streinz/Lurjer*, Art. 169 AEUV, Rn. 16; s. auch den Hinweis von GA *Mengozi*, Schlußanträge vom 3.2.2011 zu Rs. C-122/10 (*Konsumentombudsmannen KO/Ving Sverige AB*).

⁶⁸ Ausführlich dazu *Schmidt-Kessel*, Binnenmarkt im Gleichgewicht – Folgen der Akzentverschiebung für den Verbraucherschutz, Stumpf/Baldus/Kainer (Hrsg.), Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff, Nomos: Baden-Baden 2015, 163 ff. Wie hier für Art. 114 AEUV *Streinz/Lurjer* Art. 169 AEUV Rn. 1.

⁶⁹ Zum Ganzen ausführlich für das Unionsrecht *Schmidt-Kessel*, *EnzEuR* Bd. 6, § 4 Rn. 64-74, 98-104.

Nr. 1169/2011 in deren Art. 3 differenziert beispielsweise ausdrücklich zwischen dem Schutz der Gesundheit und den Interessen der Verbraucher. Dabei wird dem **Gesundheitsschutz** – also dem Verbraucherschutz – die sichere Verwendung von Lebensmitteln zugeschrieben und der **Interessenwahrung** „eine fundierte Wahl“. Die Vorschrift macht auch deutlich, was sie unter den zu wahrenden Verbraucherinteressen versteht, wenn sie die Berücksichtigung von „gesundheitlichen, wirtschaftlichen, umweltbezogenen, sozialen und ethischen Gesichtspunkten“ verlangt. Während sich gesundheitliche und wirtschaftliche Gesichtspunkte ohne weiteres zumindest auch dem Verbraucherschutz zuschreiben lassen, dient die **Berücksichtigung von umweltbezogenen, sozialen und ethischen Gesichtspunkten** der Konkretisierung der zu wahrenden Verbraucherinteressen. Im Sinne eines (nachhaltigen) **politischen Konsums** dient die LebensmittelinformationspflichtenVO daher jedenfalls der politischen Steuerung über die Nachfrageseite.⁷⁰ Eine Frage des Verbraucherschutzes stellt sich in dieser Hinsicht nur dann, wenn die Berücksichtigung der genannten Gesichtspunkte im Sinne eines Präferenzschutzes (dazu unten Rn. 133 ff.) auch den tatsächlichen Interessen der Verbraucherschaft entspricht.

1. Steuerung über die Nachfrage

Das Beispiel der LebensmittelinformationspflichtenVO zeigt, daß die **Förderung von Verbraucherinteressen nicht per se Politikziel** ist, soweit man nicht einer **93** übersimplifizierenden Gegenmacht-Logik folgt. Die im Gesetz benannten umweltbezogenen, sozialen und ethischen Gesichtspunkte sind ihrerseits stark **konkretisierungsbedürftig**.

Einschlägige Verbraucherinteressen können danach etwa in der Vermeidung umweltfeindlicher Lebensmittel bestehen oder auch in der Vermeidung von unter Kinderarbeit oder in Unternehmen ohne Arbeitnehmervertretung hergestellter Lebensmittel. Die Offenheit der Konkretisierung wirft die Frage nach den Grenzen der Definition von Verbraucherinteressen im Rahmen einer solchen Konkretisierung auf. Das wird deutlich, wenn es um die Sanktionierung gemeinschädlicher Straftaten wie der Steuerhinterziehung durch Verbraucherinformation geht. Im Anschluß an den Fall *Uli Höneß* könnte dies im Extremfall etwa bedeuten, daß die Qualität von Leistungen des FC Bayern München in Frage stünde.

⁷⁰ Dazu zuletzt *Schmidt-Kessel*, Ethische Qualitätsstandards bei Lebensmittelverträgen, in Möstl (Hrsg.), Nachhaltigkeit und Ethik im Lebensmittelrecht, Frankfurt a.M. 2017, 129 ff.

Der eigentlich kritische Punkt bei der Förderung der Verbraucherinteressen ist
94 daher die **Verbindung** von deren Konkretisierungsbedürftigkeit in der Rechtsanwendung mit **politisch-kommunikativ positiver Besetzung der Verbraucherinteressen**. Tatsächlich ist das Instrument einer Steuerung über Nachfragemacht durchaus mißbrauchsanfällig; aus Gründen des Verbraucherschutzes ist es daher bemerkenswert, daß der Gesetzgeber § 19 AGG nach herrschender Ansicht auf Diskriminierungen durch Anbieter – insbesondere im Sinne von § 2 I Nr. 8 AGG – begrenzt hat.⁷¹ Gerade die Wertungen des AGG zeigen, daß Verbraucherinteressen auch im Sinne von Nachfragerinteressen nicht per se immer positiv zu bewerten und schutzwürdig sind. Die Verbraucherboykott-Wirkungen der Ausübung von Nachfragemacht sind ein nicht ungefährliches und gerade auch im Hinblick auf die mittelbare Zielrichtung der definierten Verbraucherinteressen rechtfertigungsbedürftiges Instrument.

Das gilt bereits für die Stärkung des Binnenmarktes durch Verbraucherschutzregeln, wie sie in Artt. 114 III, 169 AEUV nur angedeutet wird, allerdings im Hinblick auf die Kompensationsfunktion des europäischen Verbraucherrechts zum Ausgleich der durch die Durchsetzung der Marktfreiheiten begründeten Risiken. Ein heikleres Beispiel ist die Strategie einer Verhinderung genetisch veränderter Lebensmittel durch Verbraucherinformation, während die Förderung fair gehandelter Lebensmittel durch entsprechende Informationen für Verbraucher auf mehr Konsens rechnen darf. Als unmittelbares Instrument ihrer Außenpolitik (Druck auf Israel wegen der Siedlungspolitik in den besetzten Gebieten) hat die Europäische Union die Verbraucherinformation etwa im Herbst 2015 im Fall des Weins von den Golan-Höhen eingesetzt, indem dessen Verkauf unter der Bezeichnung „israelisches Erzeugnis“ von der Kommission als irreführend eingestuft wurde.⁷²

Charakteristisch für die Zuordnung einer Maßnahme zur Förderung von
95 Verbraucherinteressen im Sinne einer politischen Steuerung des sozio-ökonomischen Systems durch den Einsatz von Nachfragemacht sind **nicht allein Gegenmacht-Formulierungen**.

Die historische wie politische Nähe von Verbraucherverbänden zu Gewerkschaften⁷³ ist ein wichtiges äußeres Anzeichen für solche Gegenmacht-Ideen. Sie entspricht bestimmten Grundvorstellungen von Verbraucherpolitik und hat in anderen Staaten – ohne

⁷¹ In diesem Sinne etwa MüKo-BGB/Thüsing § 19 AGG Rn. 7.

⁷² Siehe die Mitteilung der Europäischen Kommission zu Auslegungsfragen über die Ursprungsbezeichnung von Waren aus den von Israel seit Juni 1967 besetzten Gebieten (2015/C375/05), ABIEU Nr. C375 vom 12.11.2015, S. 4–6.

⁷³ So ist etwa der Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB) Fördermitglied des Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. Entsprechendes gilt für die einzelnen Verbraucherzentralen, etwa für den DGB-Bezirk NRW sowie die LAG Nordrhein-Westfalen der KAB – Katholische Arbeitnehmer-Bewegung Deutschlands e. V. als Mitglieder der Verbraucherzentrale NRW.

Einheitsgewerkschaft – zu einer erheblichen Zersplitterung und Schwächung der Verbraucherverbände beigetragen.

Die Rede von **kollektiven Verbraucherinteressen** ist ein weiteres Indiz für entsprechende Zwecksetzungen, das freilich – wie der Blick auf § 4 Ia FinDAG zeigt – heute nicht mehr sehr verlässlich ist. Vor allem historisch gehört auch die besondere Bedeutung von Konsumgenossenschaften für die Versorgung von Arbeitermilieus hierher – einschließlich deren zumindest historischer Gewerkschaftsnähe und Bekämpfung durch staatliche Stellen im 19. Jahrhundert.⁷⁴

Typische Indizien in der politischen Debatte und Zweckbeschreibung gesetzlicher Normen oder rechtspolitischer Forderungen sind ferner die Rede vom **aktiven Marktbürger** oder die Idee der **Partizipation durch Konsum**. Letztere betrifft nicht nur politische Entscheidungen, sondern vor allem auch Unternehmensentscheidungen. 96

Das bekannte Portal <http://www.lebensmittelklarheit.de/>, welches vom Bundesministerium für Landwirtschaft und Ernährung im Rahmen der Initiative „Wahrheit und Klarheit“ gefördert wird, folgt dieser Logik und zielt auf die Steuerung von Unternehmensentscheidungen unterhalb der Schwelle förmlich rechtlicher Maßnahmen ab. Allerdings geht es im Kern um die Vermeidung von Irreführungen von Verbrauchern, also um Verbraucherschutz. Heikel ist an diesem Weg, daß die Maßstäbe für die Qualifikation als irreführend nicht allein diejenigen des Rechts, sondern darüber hinausgehend privat gesetzte Maßstäbe sind – und das mit Förderung der öffentlichen Hand, die sich auf diese Weise auch den Fährnissen staatlicher Standardsetzung zu entziehen sucht.

2. Verbraucherschutzzweck

Verbraucherschutz **reagiert** hingegen **auf Risiken am Markt**. Im Beispiel der LebensmittelinformationspflichtenVO als Risiken für die Gesundheit und – wohl auch – Risiken der Irreführung hinsichtlich der Inhalte und Eigenschaften von Lebensmitteln. Es geht dabei um **freiheitsbeschränkende Eingriffe aus Schutzgründen**. 97

Für das Verbraucherrecht knüpft dieser Schutz **regelmäßig** an eine **Situation zwischen Unternehmer und Verbraucher** an, also an ein Verhältnis zwischen einem professionellen Marktteilnehmer und einem Teilnehmer zu privaten 98

⁷⁴ Zu der historischen Rolle der Konsumgenossenschaften *Wüsthof*, Schutz oder Freiheit? Zur Entwicklung des Schutzes schwächerer Marktteilnehmer in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, in Kannowski/Schmidt-Kessel (Hrsg.), Geschichte des Verbraucherrechts, Jena 2017, 59, 62 ff.

Zwecken. Dieser Schutz ist komplementär zu den Marktfreiheiten. Verbraucherschutz setzt ganz überwiegend ein Unternehmen auf der Gegenseite voraus. Verbraucher werden in aller Regel nicht untereinander geschützt, sondern nur im Verhältnis zum Unternehmer.

99 Soweit in einzelnen Vorschriften **beiderseitige Verbraucherverhältnisse** erfaßt werden, kann dies **zwei Gründe** haben: §§ 38, 1031 V ZPO etwa sind Beispiele dafür, daß Verbraucher auch untereinander geschützt werden, weil **im Verhältnis zu Dritten** – hier der Justiz respective der Schiedscommunity – **Schutzbedarf** gesehen wird. § 288 I, II BGB mit dem besonderen Verzugszinssatz bei Verbraucherbeteiligung ist hingegen Beispiel für den zweiten Grund, nämlich die **Setzung von** klassischem **Sonderprivatrecht** ohne Schutzfokus. Die Vorschrift ist dementsprechend dispositiv und orientiert sich an dem vom Gesetzgeber bei Beteiligung von Verbrauchern für angemessen gehaltenen Zins.

100 Verbraucherschutz ist zudem **nicht auf Nachfrager beschränkt** (zu Einzelheiten s.u. Kapitel 3 Rn. 186 ff.). Auch wer etwa privat auf Versteigerungsplattformen anbietet, ist Verbraucher. Die Erfassung von Arbeitnehmern durch § 13 BGB sowie von Produktgeschädigten unter dem ProdSG setzt diese Ausweitung des Verbraucherbegriffs auf Anbieter und unbeteiligte Dritte voraus. Die Schutzwürdigkeit setzt allerdings auch in diesen Situationen regelmäßig ein professionelles, d.h. von einem Unternehmer gesetztes Risiko voraus, dem der Private ausgesetzt ist.

In der Natur von Verbraucher-Unternehmer-Verhältnissen liegt freilich, daß es auch beim Verbraucherschutz ganz überwiegend um Verbraucher in der Nachfragerrolle geht. Das gilt für das Lebensmittelrecht ebenso wie für die besonderen Vertriebsformen und den Verbrauchsgüterkauf. Gegenbeispiele sind etwa die AGB-Kontrolle oder auch die Position als Energieerzeuger unter dem EEG.

3. Verhältnis beider Zielsetzungen zueinander

101 Die Gegensätze zwischen beiden Zielsetzungen sind in der Praxis der Rechtsetzung und Rechtsanwendung bei weitem nicht so scharf, wie dies die obige Gegenüberstellung und manch ideologische Gefechtslage vielleicht vermuten läßt. Normativ hat der **Schutzansatz nicht per se Vorrang**, auch wenn er wegen der größeren Konsensfähigkeit die Teleologie weiter Teile des Verbraucherrechts beherrscht. Zudem lassen sich Grundrechtseingriffe zu Schutzzwecken tendenziell leichter rechtfertigen als solche zu

Steuerungszwecken. Europarechtlich kommt hinzu, daß die Förderung der Verbraucherinteressen der Europäischen Union nur sehr begrenzte Aktivitäten gestattet, weshalb die vorhandenen Rechtsakte ganz überwiegend verbraucherschützend ausgerichtet sind und die Förderung der Verbraucherinteressen – wie im Beispiel von Art. 3 LebensmittelinformationspflichtenVO – nur zusätzlich als Zweck benennen.

Auf diese Weise werden die beiden Grundrichtungen des Verbraucherrechts – und auch der Verbraucherpolitik (s. nochmals oben Kapitel 1 Rn. 74 ff.) – bewußt oder unbewußt miteinander vermengt. Diese **Vermengung** hat ihren Grund für die Gesetzgebungspraxis nicht zuletzt darin, daß sich Verbraucherinteressen durch ihre Überführung in typisierte Verbraucherpräferenzen verhältnismäßig leicht in den verbraucherschützenden Ansatz übernehmen lassen: Gelingt es hinsichtlich des verfolgten politischen Zils eine hinreichend große Gruppe von Verbrauchern als Präferenzträger auszumachen, läßt sich diese etwa mit den Regeln über die Qualität schützen.⁷⁵ Wegen der verhältnismäßig weiten Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers wird eine solche Übernahme kaum einmal auf dem Rechtswege angreifbar sein. Etwas anderes gilt allenfalls dort, wo der Gesetzgeber sich offensichtlich über die empirisch belegbare Faktenlage hinweggesetzt hat. Zu beachten ist aber auch, daß je nach Eingriffsintensität für die Typisierung einer bestimmten Art von Verbraucherinteressen als Verbraucherpräferenz deren Befolgung durch eine signifikante Gruppe von Verbrauchern ausreichen kann. 102

Auch insoweit bildet Art. 3 VerbraucherinformationspflichtenVO ein gutes Beispiel: Hinweise zu umweltbezogenen, sozialen und ethischen Gesichtspunkten werden grundsätzlich einer größeren Gruppe deutscher Verbraucher so wichtig sein, daß der Gesetzgeber grundsätzlich Maßnahmen zum Schutz dieser Präferenzen ergreifen darf. Bedenkt man, daß mit der Anordnung der Bereitstellung von Informationen ein verhältnismäßig geringer Eingriff in die Freiheit des Anbieters erfolgt, dürfte diese Schutzmaßnahme auch im Hinblick auf die möglicherweise begrenzte Gruppengröße nicht als unangemessen eingeordnet werden können.

Zu einer Verbindung beider Ansätze kommt es zudem auch und insbesondere in den Debatten um die durch Verbraucherschutz erfaßten Situationen. Neben der Definition dieses Personenkreises besteht insoweit Dissens über die **Frage, ob** allein der Umstand, daß ein Verbraucher agiert, diesen gegenüber Unternehmern **strukturell unterlegen** sein läßt und es daher genereller Schutzmechanismen bedarf oder ob zu den Voraussetzungen verbraucherschützender Normen immer 103

⁷⁵ Hierzu *Schmidt-Kessel*, Ethische Qualitätsstandards bei Lebensmittelverträgen, in Möstl (Hrsg.), Nachhaltigkeit und Ethik im Lebensmittelrecht, Frankfurt a. M. 2017, 129 ff.

auch eine besondere Gefahrenlage gehören soll, so daß von einer **situativen Schutzbedürftigkeit** des Verbrauchers gesprochen werden kann.

Genau genommen handelt es sich hierbei nur insoweit um eine Rechtsfrage, als es um die Konkretisierung staatlicher Schutzpflichten respective die Kalibrierung staatlicher Eingriffsbefugnisse geht. Im übrigen wird die Rechtsfrage nach dem normativ bestimmten Anwendungsbereich der betreffenden Schutzvorschriften mit der rechtspolitischen Frage nach dem Maß wünschenswerten Verbraucherschutzes vermischt. Lediglich soweit es um Fragen einer systematischen Auslegung geht, kann es darauf ankommen, ob es nach dem (innerem) System des geschriebenen Rechts um generellen Schutz wegen Unterlegenheit oder situativen Schutz im Blick auf einzelne Risikosituationen geht. Die Loyalität des Exegeten gegenüber dem Gesetzgeber in einem Rechtsstaat erfordert es hier, das innere System nur aus dem gesetzten Recht abzuleiten und nicht um eigene rechtspolitische Vorstellungen zu ergänzen.

- 104 Wird Verbraucherrecht von Gegenmacht-Ideen und Vorstellungen einer Steuerung über die Nachfrageseite aus gedacht, liegt es nahe, zur breiteren Einsetzbarkeit des Instruments den Schutz im Sinne einer generellen Unterlegenheitsthese auszudehnen und so den Gegensatz der Zielsetzungen zwischen Verbraucherschutz und nachfrageorientierter Steuerung aufzuheben. Weitergehend läßt sich daher der Grundgedanke struktureller Unterlegenheit auch in dem Sinne verstehen, daß es nicht um eine Frage eines angemessenen Schutzes vor Risiken und deren Bestimmung geht, sondern um eine **politisch verstandene Unterlegenheit der Verbraucherseite** und des Konsums gegenüber der Unternehmenseite und der Produktion. Soweit sich Ausführungen mancher Stimmen im Schrifttum in diesem Sinne verstehen lassen, wird die **Grenze vom Verbraucherschutz zu den politisch definierten Verbraucherinteressen überschritten** – der Ansatz eines Schutzes vor Risiken am Markt ist dann nicht mehr leitend.

- 105 Dementsprechend steigen auch die **Anforderungen an die Rechtfertigung von Freiheitsbeschränkungen** zur Durchsetzung dieser Interessen. Erst recht gilt das, wo die Definition des Verbraucherbegriffs ganz offen zu Zwecken „demokratischer Teilhabe“ oder entsprechender Formulierungen für die Förderung von Verbraucherinteressen genutzt wird.⁷⁶ Letztgenannte offene Zuschneidung der Begrifflichkeit zur Bestimmung des geförderten Personenkreises hat gegenüber der verdeckten, im Konzept des strukturell unterlegenen Verbrauchers erfolgenden Verschlüsselung desselben Ziels immerhin den Vorteil der Methodenehrlichkeit für sich: In diesem Falle wird der politische (und eben nicht rechtsanwendende) Charakter der zu treffenden

⁷⁶ So ausdrücklich MüKo/Micklitz, Vorbem. zu §§ 13, 14 BGB Rn. 79 ff.

Entscheidung auch über den geförderten Personenkreis richtigerweise offengelegt.

II. Schutzziele des Verbraucherrechts

Für das Verbraucherschutzrecht in seiner ganzen Breite lassen sich insgesamt **fünf etablierte Schutzzwecke** feststellen, deren Verfolgung mit rechtlichen und politischen Instrumenten freilich nicht getrennt voneinander, sondern in vielen Fällen vermischt erfolgt. Diese Zwecke sind die Sicherstellung der Versorgung des Verbrauchers, die Fairneß der Preise für Leistungen, welche an ihn erbracht werden, der Schutz seiner körperlichen Integrität, der Schutz seiner Präferenzen, insbesondere seines Vermögens und schließlich der Schutz seiner personalen Integrität. Die drei erstgenannten sind klassisch und letztlich auch europa- und weltweit Konsens. Jüngerer Datums sind der Schutz des Vermögens respective sonstiger Präferenzen und der Persönlichkeitsschutz. 106

Die nachfolgende **Strukturierung** der Schutzzwecke des Verbraucherrechts **folgt keinem etablierten Muster**.⁷⁷ Sie stellt den Versuch dar, für eine intradisziplinäre Behandlung des Problems die Struktur weniger an dogmatischen Kategorien denn an Risiken für Verbraucher festzumachen. Dabei entsteht mit dem Vermögens- und Präferenzenschutz zwar eine sehr umfangreiche Gruppe von Risiken, die ihrerseits wiederum an verschiedene Typisierungen und Geschäftsmodelle anknüpfen muß. Hinsichtlich dieses Punktes ist freilich der Vertragsfreiheit kaum anders beizukommen. Die Ausweitung von Vermögens- hin zum generellen Präferenzenschutz trägt dem Umstand Rechnung, daß Fragen der Leistungsqualität sich häufig nicht vermögensmäßig abbilden lassen. 107

Da alle fünf Kategorien jenseits des puren Bedarfs zum Überleben Betätigungen von **Autonomie des Verbrauchers** einschließen, läßt sich diese mit der vorgenommenen Kategorisierung kaum sachgerecht erfassen. Das ist auch nicht weiter verwunderlich, wenn man bedenkt, daß die Autonomie des Verbrauchers – seine „fundierte Wahl“ – **janusköpfig** daherkommt. Einerseits geht es – vor allem, aber nicht nur beim Präferenzenschutz – um die Möglichkeit, eigene Entscheidungen auch als Privatmann gegenüber Unternehmen autonom treffen 108

⁷⁷ Verwendet habe ich die Einteilung allerdings bereits andernorts: *Schmidt-Kessel*, EnzEuR Bd. 6, § 4 Rn. 21-23.

zu können und damit um die Autonomie an sich. Andererseits sind in einer marktwirtschaftlich organisierten Wirtschaftsverfassung der Vertrag und die rechtsbegrenzende oder beseitigende Einwilligung auch Schutzinstrumente, weil deren Verweigerung oder andersartige Gestaltung den Verbraucher zum Beschützer seiner selbst macht. Hinsichtlich der verschiedenen Risiken ist der Verbraucher gleichsam sein erster Verbraucherschützer. Aufgrund dieser Sonderstellung läßt sich die Frage der Entscheidungs- und Konsensgewährungsautonomie des Verbrauchers nicht in eine Struktur wie die hier vorgegebene einordnen, sondern bedarf einer gesonderten Erörterung.

1. Versorgungssicherheit

Die Sicherstellung der Versorgung des Verbrauchers mit den für ihn notwendigen
109 Waren, Nutzungsmöglichkeiten und Dienstleistungen gehört zu den **ältesten verbraucherrechtlichen Schutzzwecken**. Sie ist bis heute etwa Regelungsziel des Lebensmittelrechts und schlägt sich in modernen Marktwirtschaften, vor allem in Zugangsrechten zu Bereichen staatlicher Gewährleistungsverantwortung nieder.

Für internationale Kontexte wird verbreitet ein gegen transnationale Unternehmen gerichtetes Recht auf Nahrung vertreten, welches menschenrechtlich begründet wird. Teilweise wird auch die Errichtung eines unter anderem zur Durchsetzung solcher Ansprüche zuständigen Gerichtshofes gefordert.⁷⁸ Der bislang ganz überwiegend verneinten Völkerrechtspflichtigkeit privater Unternehmen wird dabei vor allem der Wertungswiderspruch zu ihrer umgekehrten Rolle in investitionsschiedsgerichtlichen Streitigkeiten entgegengehalten.⁷⁹

Bedenkt man die überragende Bedeutung der Versorgungslage mit
110 Lebensmitteln für die innere Sicherheit, wird offensichtlich, daß Verbraucherrecht im Sinne von **Zugangssicherung immer auch erhebliche Steuerungswirkungen** entfaltet. Die meisten der großen Revolutionen der Geschichte sind – zumindest auch – Hungerrevolutionen.

In diesem Sinne sind Lebensmittelsicherheit und die Unterbindung von Irreführungen von Verbrauchern zweifellos wichtige Schutzziele des Lebensmittelrechts. Wichtiger und ursprünglicher aber ist, daß alle etwas zu essen haben.

⁷⁸ *Kanalan*, Die universelle Durchsetzung des Rechts auf Nahrung gegen transnationale Unternehmen, Tübingen 2015, 289 ff.

⁷⁹ *Kanalan*, Die universelle Durchsetzung des Rechts auf Nahrung gegen transnationale Unternehmen, Tübingen 2015, 168 f., 213 ff., 278 ff.

In diesem Sinne zählt auch der heutige Art. 39 I lit. e AEUV, dessen Vorläufer sich bereits in den Römischen Verträgen von 1957 finden, „die Belieferung der Verbraucher zu angemessenen Preisen“ zu den zentralen Ziele für die gemeinsame Agrarpolitik der Europäischen Union.⁸⁰

Dementsprechend kommt auch dem **Recht der Wettbewerbsbeschränkungen** eine zentrale verbraucherschützende Funktion zu. Artt. 101, 102 AEUV haben den Verbraucher auch in dieser Hinsicht seit der Ursprungsfassung – ebenfalls in den römischen Verträgen – in den Blick genommen. Auch das deutsche **GWB dient** in diesem Sinne **der Zugangssicherung** mit den Mitteln der **Ordnungspolitik**, auch wenn die Konkretisierung des Mißbrauchsverbots durch §§ 19-21 GWB ausdrücklich nur Fehlverhalten gegenüber Unternehmen anspricht. Auch in den Zugangsansprüchen nach **Antidiskriminierungsrecht**, insbesondere § 21 AGG, läßt sich der verbraucherschützende Zweck einer Sicherstellung der Versorgungssicherheit wiederfinden. Hier geht es freilich nicht so sehr um den Schutz gegenüber einem einzelnen Unternehmen, sondern um die Versorgungssicherheit von Minderheiten bei drohender marktbeherrschender Stellung der Mehrheitsvertreter. 111

Man kann Diskriminierungsverbote des Gleichbehandlungsrechts dementsprechend auch in einem verbraucherrechtlichen Sinne lesen: Niemand soll aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität von Versorgung ausgeschlossen werden.

Weit mehr im Blick der (Fach-)Öffentlichkeit liegen hingegen **spezielle Zugangsrechte für einzelne Branchen**. Derartige Zugangsrechte finden sich etwa für die in jüngeren Zeiten privatisierten Bereiche der Energieversorgung und der Anbindung an Telekommunikationsnetze, für die jeweils Kontrahierungszwänge der Anbieter der Grundversorgung respective Universaldienstleistungen gesetzlich angeordnet werden.⁸¹ Sie sind dort Ausfluß **staatlicher Gewährleistungsverantwortung**. Neben diesen moderneren Zugangsrechten des Privatisierungsfolgenrechts bestehen freilich nach wie vor die klassischen öffentlich-rechtlichen Zugangsansprüche zu staatlicher Infrastruktur⁸² wie auch Abschlußzwänge in den Monopolstrukturen des 112

⁸⁰ Art. 40 II Uabs. 2 AEUV fügt dem das Gebot der Diskriminierungsfreiheit hinzu.

⁸¹ Für das Energierecht s. § 36 I S.1 EnWG. Zur Grundversorgung im Telekommunikationsbereich s. § 78 I TKG.

⁸² Etwa für kommunale öffentliche Einrichtungen nach Art. 21 BayGO. Für die Kontrahierungszwänge einiger Sparkassen siehe § 5 BaySparkassenO und § 5

Personenbeförderungsrechts.⁸³ Für die Personenbeförderung auf der Straße ordnet § 22 PersBefG hingegen einen Kontrahierungszwang an, der nicht auf einer Monopolstruktur beruht, sondern gerade umgekehrt eine Beschränkung der Zahl der Wettbewerber rechtfertigt.

- 113 Seit dem 19.06.2016 hat zudem jeder Verbraucher einen Anspruch auf ein sogenanntes Basiskonto, also auf den Abschluß eines Zahlungsdiensterahmenvertrags über die Führung eines Zahlungskontos für Verbraucher mit grundlegenden Funktionen, §§ 31, 30 ZKG. Dieser zuvor intensiv diskutierte⁸⁴ Anspruch auf ein „**Girokonto für Jedermann**“ gegen sämtliche erfaßten Kreditinstitute i.S.v. § 2 V ZKG geht zurück auf die ZahlungskontenRL 2014/92/EU. Die Verfügbarkeit eines Girokontos wird vom europäischen wie vom nationalen Gesetzgeber dementsprechend für eine wesentliche Infrastruktur für Verbraucher gehalten, von der niemand ausgeschlossen werden darf.

- 114 Wie sehr die einschlägigen Zugangsrechte vielfach auch ordnungspolitisch motiviert sind, zeigt sich auch im verwandten Phänomen des **Anbieterwechsels**. Energierecht, Telekommunikationsrecht und Zahlungskontenrecht sehen insoweit einander ähnliche Vorschriften vor, die auf den ersten Blick die **Vermeidung von Versorgungsunterbrechungen**, also eine Zugangsfrage zum Ziel haben, § 20 EnWG, § 46 TKG und neuerdings §§ 20-26 ZKG. Sie werden von einer etwas kryptischen Regelung in § 312h BGB flankiert, welche für die Vertretung durch den neuen Versorger bei der Abwicklung des bisherigen Vertrages – für den „Umzugsservice“ – Textform für die Vollmacht zugunsten des neuen Anbieters (und auch für die Kündigung des Altvertrages durch den Verbraucher) verlangt. Allerdings darf nicht übersehen werden, daß zur gesetzgeberischen Motivation für diese Regelung jeweils auch die marktöffnende Vermeidung von Log-in-Effekten durch die Risiken eines Wechsels zählten. Der

NRWSparkassenG; vgl. ferner die hessische Sollbestimmung für Girokonten in § 2 IV HessSparkassenG.

⁸³ Für den Kontrahierungszwang der Deutschen Bahn AG s. § 10 AEG.

⁸⁴ Siehe *Segna*, Anspruch auf Einrichtung eines Girokontos aufgrund der ZKA-Empfehlung „Girokonto für jedermann“?, BKR 2006, 274 ff.; *Geschwandtner/Bornemann*, Girokonto für jedermann - Vertragsabschlussfreiheit, Selbstregulierung oder gesetzlicher Zwang?, NJW 2007, 1253 f.; *Koch*, Das Girokonto für Jedermann - ein altes Problem in neuem Licht, WM 2006, 2242 ff. S. ferner die einander widersprechenden Entscheidungen zum früheren Recht OLG Bremen, BKR 2006, 294 (verneinend); LG Berlin, VuR 2008, 343 (bejahend). Siehe ferner die traditionellen Kontrahierungszwänge für Sparkassen in einigen Bundesländern oben Fn. 82.

Verbraucher wird also auf diesem Wege auch zum Zwecke der Ausweitung von Wettbewerb instrumentalisiert.

Aus der Perspektive des Zugangs kommt schließlich auch vielen **Sozialleistungen**, insbesondere der **Grundsicherung**, eine 115 verbraucherschützende Funktion im Sinne von **Zugangssicherung** zu. Das gilt für Leistungen zum materiellen Lebensunterhalt ebenso wie für die Verbesserung der immateriellen Lebenssituation i.S. eines Zugangs zu Bildung, Kultur und sozialen Aktivitäten. Disziplingrenzen lassen die Verbindung der Disziplinen von privatem Verbraucherrecht und Sozialrecht freilich selten die gebotene Aufmerksamkeit finden.

Auch wenn jenseits der behandelten Fälle staatlicher Gewährleistungsverantwortung und der Diskriminierungsverbote die Versorgung 116 der Verbraucher mit Leistungen und der Zugang zu diesen von der deutschen Rechtsordnung weitgehend dem Markt (und gegebenenfalls den verschiedenen Materien des Marktordnungsrechts) zugewiesen werden, bleibt die **Sicherstellung der Versorgung** der Verbraucher insbesondere in **Krisenzeiten** eine subsidiäre staatliche Aufgabe. Für die Bundesrepublik Deutschland ist diese Versorgung vor allem im Rahmen der Notstandsgesetzgebung von 1968 durch mehrere **Sicherstellungsgesetze** vorbereitet worden.⁸⁵ Die im Blick auf Naturkatastrophen und Terrorismusbekämpfung bis in die allerjüngste Zeit⁸⁶ immer wieder angepaßten Regelungen treffen Vorsorge ursprünglich vor allem für den Verteidigungsfall (Art. 115a GG) und inzwischen vermehrt auch für den Spannungsfall (Art. 80a GG), den inneren Notstand und den Katastrophenfall. Im Einzelnen geht es vornehmlich um das Wirtschaftssicherstellungsgesetz⁸⁷, das

⁸⁵ Dieser Bereich ist bislang – unterhalb der verfassungsrechtlichen Ebene – weder für das geltende Recht noch rechtshistorisch angemessen erforscht. Siehe immerhin *Reimer/Kempny*, Einführung in das Notstandsrecht, VR 2011, 253 ff.

⁸⁶ Zuletzt etwa das Gesetz über die Sicherstellung der Grundversorgung mit Lebensmitteln in einer Versorgungskrise und Maßnahmen zur Vorsorge für eine Versorgungskrise (Ernährungssicherstellungs- und -vorsorgegesetz - ESVG) vom 4. April 2017, BGBl. 2017, I, 772, welches das auf das Jahr 1968 zurückgehende Ernährungssicherstellungsgesetz (ESG) abgelöst hat.

⁸⁷ Gesetz über die Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft sowie des Geld- und Kapitalverkehrs (ursprünglich 1968). Das Bundesleistungsgesetz aus dem Jahre 1956 ermöglicht die Anordnung einer zwangsweisen Überlassung von Gegenständen, die Duldung von Einwirkungen auf Sachen und die Inanspruchnahme von Werkleistungen (insbesondere Instandsetzung und Verpflegung), dient aber nicht der Versorgung der

Verkehrssicherstellungsgesetz⁸⁸, das Verkehrsleistungsgesetz⁸⁹, das Ernährungssicherstellungs- und -vorsorgegesetz⁹⁰ und das Wassersicherstellungsgesetz⁹¹. Die betreffenden Vorschriften sehen eine Bewirtschaftung der jeweils erfaßten Güter und Leistungen vor, wobei unterschiedliche Eingriffsintensitäten möglich sind. Zu letzteren zählt insbesondere auch die privatrechtlich organisierte Abgabe unter hoheitlicher Aufsicht,⁹² die auch mit Kontrahierungszwängen (und einer Preiskontrolle) einhergehen kann.

2. Preisfairneß

Das verbraucherrechtliche Ziel der Herstellung fairer Preise ist für eine freie
117 Marktwirtschaft, welche im **Markt** den **entscheidenden Preisbildungsmechanismus** sieht, zunächst überraschend. Trotz einer großen – nicht selten auch religiös gründenden⁹³ – historischen Tradition staatlicher Preisfestsetzungen und Preiskontrollen, haben das (ausgehende) 19. Jahrhundert und später der Ordoliberalismus der Freiburger Schule den direkten staatlichen Eingriff in die Preisbildung als dessen „Anmaßung von Wissen“ (*Hayek*) verworfen und darauf als Mittel auch des Verbraucherschutzes

Bevölkerung, sondern allein der Bewältigung des äußeren Krisenfalles (insbesondere Gefahr für den Bestand des Bundes oder die freiheitliche demokratische Grundordnung oder zur Verteidigung inclusive Bündnisfall).

⁸⁸ Gesetz zur Sicherstellung des Verkehrs (ursprünglich 1968, Verteidigungsfall). Das Gesetz betrifft vor allem den Straßenverkehr für den Warentransport (einschließlich Lagerung) und die Personenbeförderung.

⁸⁹ Gesetz zur Sicherung von Verkehrsleistungen (ursprünglich 2004, sonstige Krisenfälle). Das Gesetz betrifft letztlich die komplette Verkehrsleistungsinfrastruktur (Straße, See- und Binnenschifffahrt, Luftfahrt und Eisenbahn), vgl. §§ 4, 7 II Verkehrsleistungsgesetz.

⁹⁰ Siehe oben Fn. 86.

⁹¹ Gesetz über die Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiet der Wasserwirtschaft für Zwecke der Verteidigung.

⁹² Etwa § 4 II 2 ESVG für die Abgabe von Lebensmitteln.

⁹³ Für biblischen „Verbraucherschutz“ in dieser Hinsicht siehe bereits Exodus 22, 24 und Levitikus 25, 35-37 (jeweils zum Zins-, Wucher und Aufschlagverbot zu Gelddarlehen und Lebensmittel). Siehe aber auch die diesbezügliche Zulässigkeit der Diskriminierung von Fremden bei Deuteronomium 15, 3 und 7 f. sowie Deuteronomium 23, 20 f. Für die kirchenrechtliche Entwicklung siehe *Neumann*, Geschichte des Wuchers in Deutschland bis zur Begründung der heutigen Zinsengesetze 1654, Halle 1865.

verzichtet. Eine allgemeine – dem österreichischen § 934 ABGB⁹⁴ vergleichbare – Regelung der *laesio enormis* oder „Verkürzung über die Hälfte“ kennt das deutsche Recht dementsprechend nicht. Mit den Wucherverboten vor allem der § 291 StGB und § 138 II BGB wird insofern nur eine äußerste Grenze gezogen. Für das Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen und mißbräuchlicher Klauseln schließt § 307 III BGB – bei unklarem Wortlaut aber nach ganz herrschender Auffassung – eine Preiskontrolle aus.⁹⁵

Für die Bewertung der deutschen **Wucherverbote** ist zudem wichtig, daß diese – anders als § 934 ABGB – voraussetzen, daß sich eine Unterlegenheit des Bewucherten bei der Preisfestsetzung ausgewirkt hat. Beide Vorschriften fordern nämlich die **Ausbeutung** der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche des Bewucherten. Die zivilgerichtliche Rechtsprechung hat dieses Erfordernis in Anwendung von § 138 I BGB durch die Etablierung des **wucherähnlichen Geschäfts** aufgeweicht.⁹⁶ Die dabei entwickelten Indikatoren entsprechen in auffallender Weise der „Verkürzung über die Hälfte“, wenngleich das auffällige Mißverhältnis – in der Regel eine Überschreitung des Marktwertes um 100%⁹⁷ – lediglich eine tatsächliche Vermutung für die eine Sittenwidrigkeit begründende verwerfliche Gesinnung des Wucherers begründet.⁹⁸ Daß die Preiskontrolle nach § 138 I BGB dezidiert **verbraucherrechtlich konnotiert** ist zeigt sich daran, daß die Vermutung nicht eingreift, wenn der Bewucherte Kaufmann oder sonst selbständig ist.⁹⁹ 118

⁹⁴ Die Vorschrift lautet „Hat bey zweyseitig verbindlichen Geschäften ein Theil nicht einmahl die Hälfte dessen, was er dem andern gegeben hat, von diesem an dem gemeinen Werthe erhalten, so räumt das Gesetz dem verletzten Theile das Recht ein, die Aufhebung, und die Herstellung in den vorigen Stand zu fordern. Dem andern Theile steht aber bevor, das Geschäft dadurch aufrecht zu erhalten, daß er den Abgang bis zum gemeinen Werthe zu ersetzen bereit ist. Das Mißverhältniß des Werthes wird nach dem Zeitpuncte des geschlossenen Geschäftes bestimmt“.

⁹⁵ MüKo-BGB/Wurmnest § 307 Rn. 16.

⁹⁶ Siehe bereits RGZ 72, 61, 69 sowie aus jüngerer Zeit BGHZ 154, 47.

⁹⁷ BGHZ 160, 11; BGH NJW-RR 2008, 1438; BGH NJW 2010, 364; BGH NJW 2014, 1652.

⁹⁸ BGH NJW 2010, 364.

⁹⁹ BGHZ 128, 255 (vollkaufmännischer Leasingnehmer); BGH NJW 1991, 1810, 1811 (Landwirt); BGH NJW 2002, 55, 57 (gewerblicher Miet- oder Pachtvertrag). Vgl. zur Zwischenstellung eines Minderkaufmanns alten rechts BGH NJW 1983, 1420, 1421 f.

Für Zinsen bei Verbraucherkreditverträgen hat sich der Bundesgerichtshof mit einer detaillierten Judikatur in Anwendung von § 138 I BGB regelrecht zum Preisregulierer aufgeschwungen.¹⁰⁰ Das die Vermutung der verwerflichen Gesinnung begründende Mißverhältnis beginnt nach den durch seine Rechtsprechung entwickelten Richtwerten¹⁰¹, wenn der Zins den marktüblichen um relativ 100%¹⁰² oder um absolut 12%¹⁰³ übersteigt. Diese Rechtsprechung hat freilich sowohl aufgrund der Zinsentwicklung als auch im Hinblick auf den massiven Ausbau des Verbraucherkreditrechts mit seinen zahlreichen weiteren Schutzmechanismen – einschließlich der Regelungen zur Wirksamkeit der Zinsvereinbarung in §§ 492 VII, 494 II 2 BGB – erheblich an Bedeutung verloren.

119 Trotz dieser im Grundsatz sehr zurückhaltenden Linie kennt das deutsche Recht an zahlreichen Stellen Instrumente, mit welchen **rechtlich in die Preisbildung auf dem Markt eingegriffen** wird. Staatliche Preisfestsetzungen – mit sehr unterschiedlichen Wirkungen und Anwendungsbereichen im Einzelnen – finden sich insbesondere noch in den verschiedenen Gebührenordnungen für Freiberufler¹⁰⁴ sowie der Genehmigungsbedürftigkeit von Tarifen im Personenbeförderungsbereich.¹⁰⁵ Zusätzlich sind Eingriffe in die Preisbildung vor allem dort gefordert, wo der Wettbewerb auf dem Markt als zentraler Preisbildungsmechanismus nicht oder nicht hinreichend zur Verfügung steht. Daneben treten zahlreiche Mechanismen der Kontrolle einer fairen Preisbildung, etwa durch erhöhte Anforderungen an die Vereinbarung von Nebenentgelten¹⁰⁶ oder durch das Preisangabenrecht.¹⁰⁷ Bereits das BGB von 1900 kennt die Billigkeitskontrolle einseitig vorbehaltener Preisfestsetzung in § 315 III BGB.

120 Die zahlreichen gesetzlichen Preisfestsetzungen durch **Vergütungsregeln für Freiberufler**¹⁰⁸ stehen historisch häufig mit der Vorstellung im Zusammenhang, es handle sich um eine Art Träger öffentlicher Ämter. Am deutlichsten klingt diese Vorstellung noch bei der Einordnung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege durch § 1 BRAO nach. Aus Sicht der einzelnen

¹⁰⁰ Siehe die besonders deutliche Kritik bei *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 2000, 273, 303 f. („sozialistische Überregulierung zum Schutz des ‚Schwächeren‘“).

¹⁰¹ So ausdrücklich BGHZ 110, 336.

¹⁰² BGHZ 104, 102, 105; BGH NJW-RR 2000, 1431, 1432.

¹⁰³ BGHZ 110, 336.

¹⁰⁴ S. etwa die entsprechenden Ordnungen der Rechtsanwälte (RVG), Steuerberater (StBVV), Ärzte (GOÄ), Zahnärzte (GOZ) und der Architekten und Ingenieure (HOAI).

¹⁰⁵ Etwa die Genehmigungsbedürftigkeit von Tarifen im öffentlichen Personennahverkehr nach § 39 I PersBefG und im Luftverkehr nach Art. 5 II Flugpreisverordnung (EG) Nr. 2409/92.

¹⁰⁶ S. insbesondere §§ 312a, 312e BGB; dazu unten Rn. 125.

¹⁰⁷ Dazu unten Rn. 124.

¹⁰⁸ Siehe eine Aufzählung Rn. 364.

Standesorganisationen dienen diese Ordnungen heute primär der Vermeidung eines „ruinösen“ Unterbietungswettbewerbs. Wegen dieser wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen stehen sie sowohl verfassungsrechtlich¹⁰⁹ wie auch unionsrechtlich¹¹⁰ erheblich unter Druck. Daß diesen – in durchaus verschiedenem Ausmaß eingreifenden – Preisfestsetzungen **auch eine verbraucherschützende Funktion** zukommt, zeigt sich bereits an der durch sie erfolgenden Verdrängung des einseitigen Entgeltfestsetzungsrechts, welches den erfaßten Freiberuflern ansonsten nach § 316 BGB zustünde.¹¹¹ Soweit die Ordnungen abweichende Vereinbarungen zulassen, hat der Gesetzgeber diese – etwa in § 3a ff. RVG – von erheblichen materiellen und formellen Voraussetzungen abhängig gemacht. Auch wenn diese Voraussetzungen in der Regel nicht ausdrücklich mit verbraucherschützendem Zweck versehen werden und auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr gelten, bestehen an der verbraucherschützenden Funktion nicht wirklich Zweifel. Ob die durch die Gebührenordnungen und die eingeschränkten Abweichungsbefugnisse erfolgenden Beschränkungen der Vertragsfreiheit in ihrem aus Sicht des Marktes wohl wichtigsten Punkt, der Preisfestsetzung, sich auch auf Dauer mit der Reduktion von Komplexität zugunsten von Verbrauchern wird rechtfertigen lassen, erscheint allerdings fragwürdig.

Anders dürfte dies wegen der staatlichen Gewährleistungsverantwortung für die Tarifgenehmigungen und Tariffestsetzungen im öffentlichen Personenverkehr zu bewerten sein. Hier dient die Verhinderung abweichender Preisvereinbarungen auch als Rechtfertigung für die Versorgung auf sich wirtschaftlich nicht tragenden Strecken und dem damit verbundenen Beförderungszwang. Die Preisfestsetzung dort fokussiert daher nicht auf die Fairneß des Preises, sondern auf die Versorgung des Verbrauchers.

Das **Wettbewerbsrecht** geht in seiner **Betonung der Preisfestsetzungsfreiheit** am Markt noch einen Schritt weiter, indem es **121** Beschränkungen dieser Freiheit durch Abreden zwischen Privaten – horizontal wie vertikal – verbietet oder erheblich einschränkt, Art. 101 AEUV. Aus

¹⁰⁹ Etwa BVerfGE 117, 163 (Verfassungswidrigkeit des Verbots des anwaltlichen Erfolgshonorars).

¹¹⁰ Das aktuelle Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen des von der Kommission behaupteten Verstoßes der verbindlichen Honorare nach der HOAI gegen Art. 15 I 2 lit. g, III Dienstleistungs-RL 2006/123/EG und die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 AEUV wird beim Gerichtshof unter dem Aktenzeichen C-377/17 geführt.

¹¹¹ Vgl. *Toussaint*, Formbedürftigkeit der Gebührenvereinbarung für anwaltliche Beratung, AnwBl 2007, 67 ff.

verbraucherschützender Perspektive wird hier dem **Wettbewerb selbst eine Verbraucherschutzfunktion** – als Schutz vor überhöhten Preisen – zugeschrieben, die durch das Gesetz lediglich verteidigt wird. Ergänzend tritt für besonders marktstarke oder sogar marktbeherrschende Unternehmen die Mißbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV und §§ 18-21 GWB hinzu.

Zu den jüngsten Beispielen zählt die Verbraucherschädigung durch die Preisabsprachen der Kaffeelieferanten der Deutschen Bahn AG.¹¹² Die erhöhten Kaffeepreise wurden von der Bahn an die Verbraucher weitergegeben, was nun – unter dem Stichwort der *passing on defense* – für den Kartellschadensersatz-Rechtsstreit der Deutschen Bahn AG gegen die Kartellanten relevant wird.

Das Unionsrecht macht diese verbraucherschützende Funktion in Art. 101 III AEUV, durch den ausdrücklichen Verweis auf eine ggf. zu erfolgende Gewinnbeteiligung von Verbrauchern respective auf deren Schaden bei mißbräuchlichem Verhalten besonders deutlich.

122 Trotz dieser verbraucherschützenden Funktion wird die Einordnung der Art. 101, 102 AEUV sowie der entsprechenden Bestimmungen des GWB als Verbraucherschutzgesetze im Sinne von **§ 2 UKlaG verneint**¹¹³. Es geht insoweit nicht um die fehlende Qualifikation dieser Regeln als verbraucherschützende Regelungen, sondern um die Spezialität des wettbewerbsrechtlichen Rechtsfolgearsenals, insbesondere von §§ 34a GWB, die freilich von den Vorgaben des UKlaG praktisch nicht abweichen¹¹⁴.

123 Der Bestimmung der Preishöhe vorgeschaltet ist das **Sonderproblem**, daß der Verbraucher von der **Unentgeltlichkeit eines Angebots** ausgeht, der Anbieter jedoch einen entgeltlichen Vertrag schließen möchte. Diese Fallkonstellation, die insbesondere in den sogenannten Abofallen-Fällen relevant wurde, hat den Gesetzgeber in § 312j II-V BGB zu einer Sonderregel für Vertragsschlüsse mit Verbrauchern im elektronischen Geschäftsverkehr motiviert. Abgesehen von Anforderungen betreffend die unmittelbar vor Abgabe einer Bestellung erforderlichen Informationen (§ 312j II BGB)¹¹⁵, ist Kern der Regelung die

¹¹² S. den Fallbericht des BKartA vom 14.1.2010, Az: B11-18/08.

¹¹³ Köhler/Bornkamm/Köhler § 2 UKlaG, Rn. 34.

¹¹⁴ Vgl. den entsprechenden Hinweis bei Köhler/Bornkamm/Köhler § 2 UKlaG, Rn. 34.

¹¹⁵ Hierzu bereits OLG Hamburg, MMR 2014, 818; OLG Köln, MMR 2017, 502; für einen Überblick aus Sicht der Gestaltungspraxis von Webshops *Föhlisch*, Auflistung oder Verlinkung wesentlicher Merkmale bei der „Button-Lösung“? Kollateralschäden bei der Bekämpfung der sog. Abofallen, MMR 2017, 447 ff.

sogenannte **Button-Lösung** nach § 312j III-V BGB. Bei Onlinebestellungen – vorzugsweise über Websites – erfordert diese Regelung bei Sanktion der Nichtigkeit eine ausdrückliche Bestätigung durch den Verbraucher, daß er sich zu einer Zahlung verpflichtet. Ist – wie üblich – Auslöser der Bestellung eine Schaltfläche („Button“), muß diese mit „nichts anderem als den Wörtern ‚zahlungspflichtig bestellen‘ oder mit einer entsprechenden eindeutigen Formulierung beschriftet“ sein. In der Rechtsprechung finden sich zwischenzeitlich zahlreiche Entscheidungen zur korrekten Ausgestaltung dieses Buttons.¹¹⁶

Die Regelung hat sich in der Praxis als sehr erfolgreich erwiesen und die Zahl entsprechender Abfallen drastisch reduziert. Wie insbesondere das Vorgehen gegen Amazon zeigt, wird die Regelung, deren Durchsetzung weniger durch die – für den Verbraucher im Hinblick auf §§ 818 ff. BGB nicht immer vorteilhafte – Nichtigkeitsfolge als vielmehr via § 3a UWG erfolgt, zunehmend auch für die Durchsetzung transparenter Vertragsschlußgestaltungen eingesetzt. Zum Rückgang der Fallzahlen bei den Abfällen dürfte freilich auch beigetragen haben, daß die Rechtsprechung die für die Abfälle typische gezielte Verschleierung der Kostenpflichtigkeit der angebotenen Leistung als strafrechtlich relevante Täuschungshandlung im Sinne des Betrugstatbestandes, § 263 I StGB, einordnet.¹¹⁷

Auch bei feststehender Entgeltlichkeit ist die **Transparenz der Preisgestaltung** wesentliches Ziel des Verbraucherrechts. Das gilt einerseits für den Preis selbst und dessen Vergleichbarkeit und andererseits für die Behandlung von Nebenpreisen. Kern dieses Preisrechts ist die auf § 1 PAngG gestützte **Preisangabenverordnung** (PAngV). Zentrale Gegenstände der Verordnung sind die Gesamtpreisangabe (§ 1 I PAngV) sowie die Grundpreisangabe (§ 2 I PAngV). Für letztere legt § 2 III PAngV auch die Bezugsgrößen fest.¹¹⁸ Regeln zu Preisauszeichnung in Schaufenstern auf Schauflächen und bei ähnlichen Darstellungen im Handel (§ 4 PAngV) sowie zu Preisverzeichnissen (§ 5 PAngV) ergänzen das allgemeine Preisrecht. Zudem enthält die Verordnung besondere Regelungen für Preise bei Elektrizität, Gas, Fernwärme und Wasser (§ 3 PAngV), Verbraucherdarlehen und Finanzierungshilfen einschließlich der Werbung dafür (§§ 6-6c PAngV), für Gaststätten und Beherbergungsbetriebe (§ 7 PAngV) sowie für Tankstellen und Parkplätze (§ 8 PAngV). Diese Vorschriften sind freilich öffentlich-rechtlicher Natur und begründen auch keine subjektiven Rechte für die

¹¹⁶ Zur rechtswidrigen Ausgestaltung bei Amazon Prime OLG Köln, MMR 2016, 601 (Bestell-Button I); OLG Köln, MMR 2017, 552 (Bestell-Button II).

¹¹⁷ BGH NJW 2014, 25, 95 und schon früher OLG Frankfurt a. M., NJW 2011, 398.

¹¹⁸ Im Ausgangspunkt der Preis pro 1 Kilogramm, 1 Liter, 1 Kubikmeter, 1 Meter oder 1 Quadratmeter der Ware nach § 2 III 1 PAngV.

geschützten Verbraucher über die Transformationsnormen der §§ 134, 823 II BGB.¹¹⁹ Hingegen handelt es sich bei den Bestimmungen – soweit das Unionsrecht das noch zuläßt¹²⁰ – um Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 3a UWG.¹²¹ Zudem kommen – wiederum unter dem Vorbehalt der Unionsrechtskonformität – verbotene Irreführungen nach §§ 3 I, 5 I 2 Nr. 2 UWG sowie nach §§ 3 I, 5a II, III Nr. 3, IV UWG in Betracht.¹²²

Anders als in anderen Staaten – etwa Italien oder Tschechien – spielt hingegen die Durchsetzung der Preisangabenregelungen durch Verwaltungsmaßnahmen oder Bußgelder allenfalls eine untergeordnete Rolle. Allerdings enthält § 10 PAngV eine lange Liste von Ordnungswidrigkeiten nach § 3 II Nr. 2 und 3 WiStG 1954 (dazu unten Kapitel 6 Rn. 362). Für die zuständige Behörde begründet § 3 PAngG die Befugnis zum Auskunftsverlangen und zum Betreten, Besichtigen und Prüfen von Grundstücken, Geschäftsräumen und Betriebsanlagen sowie geschäftlicher Unterlagen. Diese Befugnisse dienen der Überwachung, rechtfertigen also auch anlaßlose Erforschungseingriffe.

- Während die Regeln des Preisangabenrechts mit ihrem Ziel der Preisklarheit und
- 125 Preisvergleichbarkeit grundsätzlich keine subjektiven Rechte des Verbrauchers begründen, ist dies bei **Nebentgelten** – die sich teilweise mit der preisangabenrechtlichen Gesamtpreisregel überschneiden – anders. §§ 312a II 2, III-VI, 312e BGB sowie § 66g I Nr. 5 TKG enthalten Bestimmungen, die auch den einzelnen Verbraucher unmittelbar schützen. Als Grundregel bestimmt § 312 III 1 BGB, daß Abreden über Nebentgelte, also über eine „über das vereinbarte Entgelt für die Hauptleistung hinausgehende Zahlung“ **nur ausdrücklich** erfolgen können. Für Fracht-, Liefer- oder Versandkosten und sonstige Kosten setzen §§ 312a II 2, 312e BGB zusätzlich voraus, daß der Unternehmer den Verbraucher vom Anfallen dieser Kosten nach Art. 246 I Nr. 3 respective Art. 246a § 1 I 1 Nr. 4 EGBGB vor Vertragsschluß informiert hat. Gesonderte Entgelte für die Benutzung bestimmter Zahlungsmöglichkeiten begründet ferner § 312a IV BGB. Schließlich sorgt § 312a V BGB dafür, daß die Nutzung von

¹¹⁹ Köhler/Bornkamm/Köhler Vorbem. zu § 1 PAngV Rn. 7.

¹²⁰ Vgl. EuGH, 7.7.2016, C-476/14 – *Citroën Commerce/Zentralvereinigung des Kraftfahrzeuggewerbes zur Aufrechterhaltung lauterer Wettbewerbs* sowie die Darstellung bei Köhler/Bornkamm/Köhler Vorbem. zu § 1 PAngV Rn. 9-16a.

¹²¹ Ständige Rechtsprechung BGH GRUR 2009, 1180 Rn. 24 (*0,00 Grundgebühr*); BGH NJW 2010, 2521 Rn. 11 (*Costa del Sol*); BGH GRUR 2012, 1159 Rn. 9 (*Preisverzeichnis bei Mietwagenangebot*); BGH GRUR 2015, 1240 Rn. 18 (*Der Zauber des Nordens*).

¹²² Siehe BGH GRUR 2010, 251 Rn. 17 (*Versandkosten bei Froogle I*); BGH GRUR 2010, 744 Rn. 42, 43 (*Sondernewsletter*); BGH GRUR 2010, 1110 Rn. 29 (*Versandkosten bei Froogle II*); BGH GRUR 2011, 82 Rn. 32 (*Preiswerbung ohne Umsatzsteuer*); BGH NJW 2011, 2787 Rn. 34 (*Leistungspakete im Preisvergleich*); BGH GRUR 2014, 576 Rn. 15 (*2 Flaschen GRATIS*).

Hotlines für den Verbraucher keine zusätzlichen Kosten auslöst, verbietet entsprechende Nebenentgelte also vollständig. Dieses Verbot folgt auf frühere Versuche, durch § 66g I Nr. 5 TKG wenigstens die Kosten des Anrufs während der Dauer von Warteschleifen zu beseitigen. Diese Warteschleifenregelung ist für die in den Anwendungsbereich von § 312a V BGB fallenden Fälle teilweise überholt.

Die Sicherstellung fairer Preise ist freilich nicht auf den Vertragsschlußkontext beschränkt. Verbraucherrechtlich ebenso relevant sind **Preisanpassungen** in 126 laufenden Rechtsverhältnissen. Soweit diese – wie in zahlreichen ausländischen Rechtsordnungen – über Vertragsketten organisiert werden, greifen bei den einzelnen Verlängerungsakten die – gegebenenfalls modifizierten – Regeln des Vertragsschlußstadiums. Die deutsche Figur des – potentiell unbefristeten – Dauerschuldverhältnisses hat hier andere Mechanismen der Flexibilisierung von Preisen hervorgebracht, wie sie sich im Gesetz vor allem im Anpassungsanspruch nach § 313 BGB und in der Vertragsgestaltung in zahlreichen Varianten von Preisanpassungsklauseln finden. Solche nur in Dauerverhältnissen tolerablen (vgl. § 309 Nr. 1 BGB) Anpassungsklauseln werfen die Frage nach der Notwendigkeit eigener Sicherungen fairer Preisbildungen auf. Jüngstes Beispiel hierzu sind die zahlreichen Entscheidungen zu Anpassungen von Energiepreisen.¹²³

Von den eingangs beschriebenen Wuchertatbeständen sowie den – massiv unter Druck stehenden – Gebührenordnungen diverser freiberuflicher Dienstleister 127 abgesehen, begnügt sich das Verbraucherrecht also mit der Sicherstellung und dem Schutz der Preisbildungsmechanismen am Markt. Dieses Vertrauen in die Kräfte des Marktes beruht dabei auch auf dem Vertrauen in die Fähigkeit des Verbrauchers, den Wert der Gegenleistung, also des von ihm aufgewandten Geldes, selbst einschätzen zu können.¹²⁴ Ganz anders ist die Lage jedoch bei den **neuen Entgeltformen**, von denen insbesondere das „**Bezahlen**“ durch

¹²³ Siehe BGHZ 176, 244; BGHZ 179, 186; BGHZ 186, 180; BGH NJW 2011, 1342; kritisch zur Rechtsprechungsentwicklung: *Uffmann*, Richtungswechsel des BGH bei der ergänzenden Vertragsauslegung, NJW 2011, 1313 ff. Zu den unionsrechtlichen Vorgaben siehe EuGH, 21.03.2013, C-92/11 – *RWE Vertrieb / Verbraucherzentrale NRW*. Zu versteckten Erhöhungen – auch im Hinblick auf das Transparenzgebot nach § 41 III EnWG – nunmehr OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2017, 111.

¹²⁴ Die Regeln zur Verbraucherinsolvenz und Restschuldbefreiung in §§ 304 ff., 286 ff. InsO stehen dem nicht entgegen, weil sie nicht die Fairneß der Preise, sondern Schwächen im eigenen Wirtschaften des Verbraucherhaushalts zum Gegenstand haben.

Einräumung von Nutzungsrechten an eigenen **personenbezogenen Daten** besonders breite Verwendung findet.¹²⁵ Für diese neuen Gegenleistungsformen geht es dabei nicht allein um die Anwendbarkeit der diversen bestehenden Regeln zum Schutz der Angemessenheit der Gegenleistung – etwa des Wettbewerbsrechts mit dem neuen § 18 IIa GWB aber auch etwa für die Button-Lösung nach § 312j III BGB. Vielmehr stellt sich hier insgesamt die Frage, ob das Vertrauen des Gesetzgebers in die Marktkräfte angesichts weitverbreiteter **Unwissenheit über die mit personenbezogenen Daten verbundenen Werte** gerechtfertigt ist. Rechtspolitisch scheint hier ein – sicher vorübergehendes – Umdenken angezeigt. Die Erfahrung mit der Rechtsprechung zu den Nebenentgelten zeigt, daß ohne ein entsprechendes Tätigwerden des Gesetzgebers Überraschungen – auch und gerade in der Anwendung von § 307 III BGB nicht auszuschließen sind.

3. Schutz der körperlichen Integrität

Gefährdungen der körperlichen Integrität **treffen Menschen immer (auch)**
128 privat. Daher nimmt es nicht wunder, daß etwa das Produkthaftungsrecht in § 1 ProdHaftG anders als für die Sachbeschädigung nicht zwischen privaten und nicht privaten Kontexten unterscheidet. Wegen dieser ubiquitären Betroffenheit des privaten Menschen durch Integritätsverletzungen wird die personale Begrenzung des Tatbestands dieser Risikolage fast ausschließlich durch die Begrenzung des Anbieterkreises auf professionelle Anbieter geleistet. Nicht jede Integritätsverletzung oder Gefährdung ist verbraucherrechtlich relevant, sondern lediglich solche, welche in hinreichend engem Zusammenhang zu professionell erbrachten Leistungen stehen. Auch bei der Integritätsverletzung erfordert Verbraucherrecht einen **Marktbezug**.

Gefährdungen der Integrität Unbeteiligter durch Produktionsanlagen und Betriebsstätten sind daher verbraucherrechtlich ebenso wenig relevant wie die Integritätsverletzungen unter privat Handelnden. Für das Produkthaftungsrecht wird diese Einschränkung durch das Erfordernis des In-Verkehr-Bringens sichergestellt. Die Integrität Dritter kann aber selbstverständlich im Rahmen politischen Konsums (s.o. Rn. 92) relevant sein und ist dann entweder als Verbraucherpräferenz

¹²⁵ Dazu grundlegend *Langhanke*, Daten als Leistung, Tübingen 2018. Ferner *Langhanke/Schmidt-Kessel*, Consumer Data as Consideration, EuCML 2015, 218 ff.; *Schmidt-Kessel/Grimm*, Unentgeltlich oder entgeltlich? – der vertragliche Austausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten, ZfPW 2017, 84 ff.

in das Schutzkonzept integriert oder ein Fall reiner Nachfragesteuerung und damit außerhalb des Schutzkonzepts.

Hinsichtlich der körperlichen Integrität besteht für den deutschen Gesetzgeber bereits von Verfassungs wegen eine Pflicht zur Ergreifung – auch rechtlicher – Schutzmaßnahmen.¹²⁶ Ausdrücklich benannt hat die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung – anders als das Bundesverwaltungsgericht¹²⁷ – die **verfassungsrechtliche Schutzpflicht** hinsichtlich der spezifisch verbraucherschützenden Situationen freilich bislang noch nicht.¹²⁸ Auch zugunsten von Verbrauchern resultiert die Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 mit Art. 1 I 2 GG.¹²⁹ Dem Gesetzgeber steht bei den Entscheidungen über die Mittel des Schutzes ein großer Spielraum zu. Umgekehrt nimmt es nicht wunder, daß hinsichtlich der grundsätzlichen Schutzwürdigkeit völlig Einigkeit besteht.

Integritätsschutz zugunsten von Verbrauchern betreibt in diesem Sinne zunächst das gesamte **Allgemeine Produktrecht**, wie es sich nicht nur in der Produkt- und Produzentenhaftung, sondern vor allem auch im öffentlichen Produktsicherheitsrecht niedergeschlagen hat. Erheblich älter noch, und heute Spezialgebiet des Produktsicherheitsrechts, ist das Lebensmittelrecht, für welches der Integritätsschutz unter der Bezeichnung Lebensmittelsicherheit zu den zentralen Schutzzielen zählt. Dasselbe gilt auch für die weiteren Sonderprodukterrechte wie etwa für das vor allem im AMG niedergelegte Arzneimittelrecht, das Medizinprodukterecht des MPG oder das Bauprodukterecht mit seinem Kern in der Bauprodukteverordnung (EU) Nr. 305/2011 und selbstverständlich für die verschiedenen auf Basis von § 8 ProdSG erlassenen Rechtsverordnungen für verschiedene Produkt- und Risikogruppen.¹³⁰ Dem Integritätsschutz verpflichtet sind ferner wesentliche Teile der berufs- und aufsichtsrechtlichen Regeln für Dienstleister, deren Leistungen integritätsrelevant sind. Das gilt für eine ganze Reihe von Handwerksberufen ebenso wie für Apotheker oder die Ärzte- und Architektenschaft sowie für Bauunternehmer. Seit jüngerer Zeit kennt das deutsche Recht für die

¹²⁶ Grundlegend BVerfGE 39, 1, 49 (für das ungeborene Leben). Ferner BVerfGE 53, 30, 57; BVerfGE 56, 54, 73.

¹²⁷ BVerwGE 87, 37, 49 (Veröffentlichung einer Liste diethylenglykolhaltiger Weine mit Abfüllerangabe durch den Bundesgesundheitsminister).

¹²⁸ Wiebe 145.

¹²⁹ Wiebe 144 f.

¹³⁰ Siehe den Überblick über die verschiedenen Rechtsverordnungen bei Klindt/Wende § 8 ProdSG Rn. 16 ff.

Behandlungssituation auch zivilrechtliches Verbraucherschutzrecht, nämlich in den §§ 630a ff. BGB.¹³¹ Schließlich findet sich der Integritätsschutz vielfach auch in Gestalt gesteigerter Verkehrssicherungspflichten in Fällen qualifizierter sozialer Kontakte, was sich nicht allein in § 241 II BGB, sondern auch, und spezifisch verbraucherrechtlich, im Klauselverbot des § 309 Nr. 7 lit. a BGB niedergeschlagen hat.

131 Maßnahmen des Integritätsschutz überläßt die Rechtsordnung schon wegen seiner hohen verfassungsrechtlichen Verortung nicht allein dem Zivilrecht und auch nicht überwiegend dem Lauterkeitsrecht.¹³² Vielmehr kommen hier in großem Umfang die Mechanismen des (besonderen) Gefahrenabwehrrechts zur Anwendung. Die ausführliche Regelung der Befugnisse der zuständigen Landesbehörden – überwiegend Bezirksregierungen respective Regierungspräsidenten – gestattet im Rahmen der Marktüberwachung (§§ 26-28 ProdSG) sowohl anlaßlose Ermittlungseingriffe als auch ganz erhebliche Eingriffe in die unternehmerische Betätigung bis hin zur Anordnung von Rückruf und Vernichtung des Produkts nach § 26 II 2 Nr. 7 und 8 ProdSG sowie selbstverständlich zu öffentlichen Warnungen (§ 26 II 2 Nr. 9 ProdSG).

132 Vor allem für das Produktrecht greift der verbraucherschützende Staat zum Zwecke des Integritätsschutzes zusätzlich auf das Instrument der **technischen Normung** zurück. Ausgehend vom primär der Warenverkehrsfreiheit verpflichteten Produktrecht der Europäischen Union, wie es insbesondere in der MarktüberwachungsVO (EG) Nr. 765/2008 niedergelegt ist, haben nationales und Unionsrecht ein enges Zusammenspiel zwischen den öffentlich-rechtlichen Sicherheitsanforderungen an Produkte im Binnenmarkt und der technischen Normung entwickelt (sog. Neuer Ansatz). Im Kern arbeitet das Produktsicherheit mit einer an bestimmte (im Sinne von § 2 Nr. 13 ProdSG „harmonisierte“) Normen anknüpfenden **Konformitätsvermutung**, welche für Deutschland in § 4 II ProdSG angeordnet wird. Äußeres Kennzeichen der Konformität – die im Hinblick

¹³¹ Das ab 1.1.2018 anwendbare Bauvertragsrecht der §§ 650a ff. BGB trifft für die betreffenden Dienstleister keine besonderen Regelungen zum zivilrechtlichen Integritätsschutz. Für die vertragliche Haftung verbleibt es damit bei § 241 II BGB als gesetzlichem Ausgangspunkt.

¹³² §§ 3a, 5a UWG erfassen jedenfalls fehlende und fehlerhafte CE-Kennzeichnungen: OLG Frankfurt a.M., GRUR-RR 2016, 26; OLG Frankfurt a.M., WRP 2017, 874. Zur nicht in jeder Hinsicht gesicherten Erfassung der Bestimmungen des Produktsicherheitsrechts siehe Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/v.Jagow § 3a UWG Rn. 75-77, 94 sowie Hartmannsberger/Herzig, Wettbewerbsrechtliche Folgen von Verstößen gegen formale Produkthanforderungen, GRUR-RR 2016, 433.

auf den Vermutungscharakter der betreffenden Normen auch ohne Einhaltung der Normen erreicht werden kann –, ist das Versehen des Produkts mit dem vor allem in Art. 30 MarktüberwachungsVO (EG) Nr. 765/2008 sowie § 7 ProdSG geregelten CE-Kennzeichen.

Mit dem Mechanismus der Normung, der daran anknüpfenden Konformitätsvermutung sowie dem CE-Kennzeichen arbeiten auch zahlreiche Sonderproduktrechte, etwa das Lebensmittelrecht oder das Medizinproduktrecht.

4. Schutz des Vermögens und sonstiger Präferenzen

Das Verbraucherrecht schützt auch das **Vermögen des Verbrauchers** und über sein Vermögen hinaus auch **seine (immateriellen) Präferenzen**. Die Intensivierung dieses Schutzes seit spätestens Mitte der 80er Jahre bedeutet ein Ausgreifen über den Jahrhunderte alten Kern aus Versorgung, Preis und Integrität des Verbraucherrechts hinaus und seine Erstreckung auf Vorgänge am Markt. Er ist zugleich verbunden mit dem massiven Eindringen des Verbraucherrechts in weite Bereiche des Privatrechts. Vermögen und Präferenzen des Verbrauchers finden ihren vornehmlichen Ausdruck in dessen privatrechtlichen Beziehungen und vor allem in den von ihm abgeschlossenen Verträgen. Der juristisch in der politischen Kategorie wirtschaftlicher Verbraucherschutz nur ungenügend abgebildete Schutzgegenstand schlägt sich dementsprechend vornehmlich in einer Ausweitung des Verbrauchervertragsrechts nieder.¹³³

Letztlich lassen sich die zahlreichen hierunter erfaßten Gesichtspunkte unter dem Begriff der **Qualität im weitesten Sinne** zusammenfassen. Entsprechend der primär vertragsrechtlichen Behandlung des Präferenzenschutzes beantwortet das Verbraucherrecht an dieser Stelle die Frage, welche Leistungsqualität der **Verbraucher berechtigterweise erwarten kann**.¹³⁴

Da diese Frage in einer Marktwirtschaft **nicht** abstrakt und **allgemeinverbindlich** vom Gesetzgeber **beantwortet** werden kann, orientiert sich das Verbraucherrecht hier – jenseits des Schutzes vor aktiven Täuschungen über die Qualität und die Leistungsbereitschaft – in erster Linie an qualitativen Mindestanforderungen für Leistungen sowie an Standardisierungen. Hinzu kommen Instrumente der Vertragsergänzung, welche eine möglichst

¹³³ Zu geschützten Eigentumsrechten des Verbrauchers s.u. Rn. 148.

umfassende Abbildung der berechtigten Verbrauchererwartungen im Vertragsinhalt sicherstellen. Da diese Instrumentengruppen – insbesondere soweit Leistungserfolge nicht geschuldet sind, also vor allem bei Dienstleistungen – jedoch zur Bewältigung und sachgerechten Reduktion der Komplexität der Vielfalt vertraglicher Leistungsgegenstände nicht ausreichen, hat das deutsche Recht – vielfach angetrieben durch unionsrechtliche Vorgaben – eine ganze Reihe von Metastandards entwickelt, welche die – bei Dienstleistungen typischerweise sehr unbestimmten – berechtigten Verbrauchererwartungen wenigstens annähern sollen.

136 Die **aktive Täuschung des Verbrauchers** durch den Unternehmer steht paradigmatisch für den schwersten Fall der Gefährdung der Verbraucherpräferenzen. Mit der Strafbarkeit des **Betruges** nach § 263 StGB und den Begleittatbeständen des Computerbetrugs (§ 263a StGB) und des Kapitalanlagebetrugs (§ 264a StGB) wird diese Konstellation sogar im Kernstrafrecht vergleichsweise ausführlich abgebildet. Diesen Kern des strafrechtlichen Schutzes flankieren nebenstrafrechtliche Täuschungs- und Irreführungsdelikte wie § 16 UWG und entsprechende Ordnungswidrigkeitentatbestände mit ihrem klar verbraucherschützenden Regelungszweck. Im allgemeinen Zivilrecht trifft die Täuschung beim Anfechtungsrecht nach § 123 StGB sowie – ohne ausdrückliche Erwähnung – im § 823 II, 826 BGB auf entsprechende Schutzmechanismen. Weil die Täuschung nicht allein die Präferenzen des Verbrauchers bedroht, sondern auch seine Autonomie als solche (dazu noch unten Rn. 153 ff.), finden sich zahlreiche Verbote aktiver Irreführung, welche bereits vor dem Täuschungserfolg eingreifen und deshalb verboten werden. Allgemeinster Tatbestand ist insoweit § 5 UWG, welcher von zahlreichen Verboten von Aktivitäten mit Irreführungseignung in einzelnen Sonderbestimmungen begleitet wird. Das gilt etwa für den generellen Täuschungsschutz nach Art. 8 LebensmittelbasisVO (EG) Nr. 178/2002 oder den Ausschluß des markenrechtlichen Schutzes geographischer Herkunftsangaben nach § 127 MarkenG, soweit die Gefahr einer Irreführung über die geographische Herkunft unter der Herkunftsangabe vertriebener Waren oder Dienstleistungen besteht.

137 In einem zweiten Schritt schützt das Verbraucherrecht durch die **Standardisierung von Qualitäten** und gegebenenfalls wiederum durch deren Schutz vor vertraglich vereinbarten Abweichungen durch ihre Erhebung zu halbzwingenden **qualitativen Mindeststandards**. Bei diesen Qualitätsstandards

greift das deutsche Verbraucherrecht ganz überwiegend auf die klassischen Vertragstypenbildungen zurück, weshalb sich die einschlägigen Standards vorzugsweise – im Verweis auf Üblichkeiten – in den Regeln des besonderen Vertragsrechts finden. Angesprochen sind damit §§ 434 I 2 Nr. 2, 633 II 2 Nr. 2 und § 651c I BGB. Diese Vorgaben konkretisieren für Gattungsschulden den einzigen allgemeinen Standard der mittleren Art und Güte nach § 243 I BGB, welcher ebenfalls auf die tatsächlichen Üblichkeiten verweist.

Für die **Gebrauchsüberlassungsverträge** enthält hingegen § 536 I 1 BGB keinen vergleichbaren Verweis und knüpft lediglich an die Funktionstauglichkeit an. 138
Zumindest dem Wortlaut nach ist ein Abstellen auf Üblichkeiten daher nur in zwei Fällen möglich, nämlich bei der Gattungsmiete nach § 243 I BGB und hinsichtlich üblicher Funktionalitäten der Mietsache. Für Dienstleistungen ohne geschuldeten Erfolg, also insbesondere **Dienstverträge** im Sinne der §§ 611 ff. BGB, lassen sich übliche Standards allenfalls im Wege der Auslegung unter Anknüpfung an die Verkehrssitte (§ 157 BGB) zum Gegenstand erheben. Praktisch werden die üblicherweise berechtigten Erwartungen dann unter anderem durch eine Anknüpfung an den Stand der Technik konkretisiert, wobei wiederum technische Normen eine ganz wesentliche Rolle spielen, während Dienstleistungsnormung noch nicht in gleichem Maße standardsetzend gewirkt hat.¹³⁴

Die so gewonnenen Standards bilden – im allgemeinen wie auch verbraucherschützend – zugleich den grundlegenden **Maßstab für die Täuschung durch Unterlassen**: 139
Über Abweichungen vom Üblichen hat der Unternehmer den Verbraucher aufzuklären oder sicherzustellen, daß diese nicht bestehenbleiben. Gesetzlich findet sich diese Idee etwa in den §§ 438 III, 442, 444, 536b, 536d, 634a III, 639 BGB unter der Bezeichnung „arglistiges Verschweigen“. Schritte hin zur Erhebung des Üblichen zum Mindeststandard werden sodann getan, wenn §§ 444, 445, 536d und 639 BGB Haftungsausschlüsse für arglistig verschwiegene Mängel ins Leere laufen lassen.¹³⁵ Vollends zum halbzwingenden Mindeststandard wird der

¹³⁴ Rechtsvergleichend für den Bauvertrag hierzu L.Meyer, Der Einfluss technischer Vorschriften und Regelwerke auf den Bauvertrag im englischen, französischen und deutschen Recht, Jena 2013.

¹³⁵ Entsprechend ist die Funktion der Arglist als Verteidigung gegen einen – implizit auf einer fingierten Haftungsausschlußvereinbarung beruhenden – Gewährleistungssauschluß wegen Kenntnis des Verbrauchers nach §§ 442 I 2, 536b S.2 BGB.

Qualitätsstandard dort, wo der Unternehmer auch bei Unkenntnis vom Qualitätsdefizit nicht zu Lasten des Verbrauchers von der üblichen Qualität abweichen kann. Die Zwingendstellung des § 475 I BGB hat weitgehend diese Wirkung und § 309 Nr. 8 lit. b BGB führt für allgemeine Geschäftsbedingungen zu eben diesem Effekt.

Nicht immer gesichert ist, wie öffentlich-rechtliche Mindeststandards in diesem Zusammenhang wirken. Grundsätzlich wird man in Anbetracht der Privatautonomie und der Grundanlage der verschiedenen Fehlerbegriffe davon auszugehen haben, daß sich auch Üblichkeiten oberhalb des öffentlich-rechtlich Geforderten bilden können. Daran werden teilweise Zweifel geäußert, soweit die Qualitätsstandards auf vollharmonisierenden Vorgaben des Unionsrechts beruhen. Der Auffassung, durch die Vollharmonisierung werde der Innovationsspirale des Sachmängelrechts auf diese Weise der Zahn gezogen, ist jedoch entgegenzutreten. Jedenfalls für das Kaufrecht und künftig wohl auch für digitale Inhalte kommt es für die übliche Qualität auch unionsrechtlich nämlich nicht allein auf öffentlich-rechtliche Vorgaben an. Auch ist eine Beseitigung der in dem Üblichkeitskriterium typisierten Vertragsfreiheit zugunsten wachsender Qualitätsanforderungen von den auf die behördlichen Eingriffsschwellen zielenden spezielleren öffentlich-rechtlichen Qualitätsanforderungen – gerade des Lebensmittelrechts – regelmäßig nicht erfaßt.

- Läßt sich für die objektive Standardisierung und die Festlegung von
- 140 Mindeststandards zumindest noch teilweise mit unmittelbaren staatlichen Qualitätsvorgaben arbeiten, werden auf der **zweiten Stufe** lediglich **standardisierte Instrumente** der qualitätsbezogenen **Vertragsergänzung** festgelegt, welche zwar für die Abbildung der berechtigten Verbrauchererwartungen regelmäßig hilfreich sind, jedoch diese nicht selbst und nicht statisch festlegen, sondern bereits in Abhängigkeit von der konkreten Vertragsschlußsituation eingreifen:

- Wichtigster und ältester Mechanismus dieser Art ist das **Angebot verschiedener**
- 141 **Vertragstypen**, welches es ermöglicht, den berechtigten Verbrauchererwartungen an Vertragsgegenstand und -inhalt durch eine entsprechende typologische Zuordnung Rechnung zu tragen. Ebenfalls noch dem allgemeinen Vertragsrecht entstammend ist die Ausrichtung der geschuldeten Qualität an den **konkreten Verwendungszwecken** der Leistung beim Verbraucher. Derartige Funktionalitätserwartungen finden sich – jedenfalls für Fälle geschuldeten Erfolgs – in der ganz überwiegenden Mehrzahl typisierter vertraglicher Schuldverhältnisse, insbesondere in §§ 434 I 2 Nr. 1, 536 I 1, 633, 651c I BGB. Auch wenn sich – gerade auch im Verhältnis zu den unionsrechtlichen Vorgaben – durchaus Unterschiede finden, wie der vertraglich vorausgesetzte Verwendungszweck im Einzelnen zu bestimmen ist – konkret: Genügt die unwidersprochene Mitteilung oder bedarf es einer Zustimmung des

Unternehmers –, so ist auch dieser Mechanismus heute als legistischer Standard ganz unabhängig vom Verbraucherschutz anerkannt. Das ist anders bei der in jüngster Zeit erheblich ausgebreiteten Regelung zur **Einbeziehung vorvertraglicher Informationen in den Vertrag**, wie sie hinsichtlich der Informationen zum Zwecke bestimmter verbraucherschützender Informationspflichten inzwischen durch § 312d I 2 BGB ausdrücklich – und nur für Verbraucherverträge – festgeschrieben werden.¹³⁶ Dieser aus dogmatischen Gründen erforderliche Ausspruch einer Selbstverständlichkeit, daß nämlich die vom Unternehmer vor Vertragsschluß erfolgte Kommunikation an den Verbraucher die berechtigten Verbrauchererwartungen unabhängig von der Form der Information zentral mitbestimmt, hat die verbraucherschützende Informationspflicht nicht nur erheblich aufgewertet. Sie begründet auch die Möglichkeit, den Unternehmer an seiner vorvertraglichen Kommunikation auch dort festzuhalten, wo diese nicht Gegenstand von Vertragstext und allgemeinen Geschäftsbedingungen geworden ist. Dieselbe Zielrichtung hat die Einbeschreibung öffentlicher Aussagen, insbesondere von **Werbeaussagen**, in den Vertrag, die sie bislang nur für den Kauf in § 434 I 3 BGB festgeschrieben ist.

Kommt diesen **Mechanismen der Vertragsergänzung** schon selbst verbraucherschützende Wirkung zu, so **bedürfen** sie – wo sie **142** verbraucherschützend wirken sollen– regelmäßig wieder **des Schutzes** gegen abweichende Gestaltungen durch den Unternehmer wie auch gegen irreführende Kommunikation über die geschuldete Qualität. Insofern greifen die bereits oben geschilderten Zwingendstellungen, wobei zusätzlich die lauterkeitsrechtlichen Durchsetzungsmechanismen besondere Bedeutung erlangen.

Für **Dienstleistungen ohne geschuldeten Erfolg** haben sich hingegen bislang keine vergleichbaren allgemeinen Qualitätsmaßstäbe ausgebildet.¹³⁷ Soweit sich **143** nicht partiell – etwa im Hinblick auf geschuldete Teilerfolge – standardisierte

¹³⁶ Wegweisend hierzu *Kramme*, Die Einbeziehung von Pflichtinformationen in Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträge, NJW 2015, 279 ff.

¹³⁷ Siehe aber eine entsprechende Grundlegung bei *Reimer*, Qualitätssicherung. Grundlagen eines Dienstleistungsverwaltungsrechts, Baden-Baden 2010 sowie parallel dazu die Bestimmungen zur Qualität von Dienstleistungen in Artt. 22-27 DienstleistungsRL 2006/123/EG und die Kommentierungen dazu von *Schmidt-Kessel*, *Leible*, *Streinz* und *Herresthal* in Schlachter/Ohler (Hrsg.) Europäische Dienstleistungsrichtlinie. Handkommentar, Baden-Baden 2008.

Qualitätserwartungen oder standardisierte Mechanismen der qualitätsbezogenen Vertragsergänzung ausgebildet haben,¹³⁸ haben sich vor allem – aber wiederum nicht allein für Dienstleistungen an Verbraucher – **Metastandards**¹³⁹ für die Qualität ausgebildet. Diese Metastandards entfalten einerseits eine eigene verbraucherschützende Funktion, ohne die geschuldete Qualität selbst zu bestimmen, und werden andererseits durch weiterführende Mechanismen des Verbraucherschutzes weiter abgesichert. In diesem Sinne entfalten Regeln über die vorvertragliche **Information** sowie Werberegeln verbraucherschützende Wirkung auch dort, wo sie nicht unmittelbar der Vertragsergänzung dienen.¹⁴⁰ Gleiches gilt für die bei der Vertragsdurchführung erforderlich werdende Kommunikation, die noch unmittelbarer Teil der geschuldeten Qualität ist. Einen vergleichbaren Metastandard begründen **Versicherungspflichten**, welche ganz überwiegend Haftpflichtversicherungen von Dienstleistern betreffen. Die nach §§ 51, 51a, 59j BRAO etwa erforderliche Berufshaftpflichtversicherung des Rechtsanwalts respective der Rechtsanwaltsgesellschaft dient mittelbar der Einhaltung der Qualitätsstandards und gegebenenfalls der Kompensation bei deren Verletzung. Weitere Metastandards dieser Art beziehen sich auf die **Vermeidung von Interessenkonflikten**¹⁴¹ sowie qualitative **Voraussetzungen der Berufszulassung**, die – wie auch die übrigen Metastandards – sich nicht unmittelbar in vertraglich geschuldeten Leistungen niederschlagen.

144 Einen **Sonderbereich** mit überwiegend vermögensschützenden Charakter bildet der zugunsten von Verbrauchern vorgesehene **Insolvenzschutz**. Insoweit handelt es sich um eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß Insolvenzzrisiken betreffend Vorleistungen sowie das Liegenbleiben des Vertrages (ohne Verlust der Gegenleistung) in das Risiko des jeweils anderen Vertragspartners fallen. Hinzu kommen verbraucherrechtliche Eingriffe in durch **Treuhandverhältnis** begründete Insolvenzzrisiken unterschiedlichster Art. Für die letztgenannte

¹³⁸ Vor allem an einer Bestimmung, welche der Regelung über die Zweckeignung für den Leistungserfolg funktional entspricht, fehlt es bislang jedenfalls in einer zur allgemeinen Akzeptanz führenden Weise.

¹³⁹ Für diesen Begriff *Jansen-Behnen*, Regulierungsmechanismen des Verbraucherschutzes im Maklerrecht, Tübingen 2017, 317.

¹⁴⁰ Für die Qualität der Maklerleistung in diesem Sinne etwa *Jansen-Behnen*, Regulierungsmechanismen des Verbraucherschutzes im Maklerrecht, Tübingen 2017, 318 f.

¹⁴¹ Hierfür wiederum bei den Maklern *Jansen-Behnen*, Regulierungsmechanismen des Verbraucherschutzes im Maklerrecht, Tübingen 2017, 320-325.

Kategorie ist die Schutzbedürftigkeit von Verbrauchern grundsätzlich anerkannt. Sie schlägt sich in den hohen Anforderungen und zusätzlichen Schutzmechanismen beim Einlagegeschäft der Kreditinstitute nieder, wo sowohl die immer wieder verschärften Solvabilitätsanforderungen als auch die Mechanismen der Einlagensicherung diesen Risiken vorbeugen sollen. Ähnlichen Treuandsituationen versucht der Gesetzgeber etwa mit dem reiserechtlichen Sicherungsschein nach § 651k BGB oder den Mechanismen der Baugeldsicherung nach dem Bauforderungssicherungsgesetz sowie nach §§ 2, 3, 6 MaBV beizukommen.

Einschränkungen der vertraglichen Vereinbarung von **Vorleistungspflichten des Verbrauchers** sind demgegenüber seltener. So hat der europäische 145 Gerichtshof solche nicht generell für AGB-rechtswidrig halten wollen.¹⁴² Vor allem werk- und bauvertragsrechtlich finden sich erhebliche Beschränkungen von Abschlagszahlungen des Verbrauchers an den Unternehmer, etwa in den Regeln über die Zahlung nach Baufortschritt nach § 3 II MaBV und der HausbauVO sowie künftig nach §§ 650m und 650v BGB n.F. Für Flugreisende hat sich der Gesetzgeber hingegen gegen eine Absicherung des Vorauszahlungsrisikos nach Art des pauschalreiserechtlichen Sicherungsscheins entschieden.

Auch wenn der aktuelle Regelbestand des Schutzes der Verbraucherpräferenzen ganz überwiegend dem Vermögensschutz dient, so lässt sich doch ein Großteil 146 der vorhandenen Schutzinstrumente auch zugunsten des **allgemeinen Präferenzenschutzes** und damit auch zugunsten immaterieller Präferenzen einsetzen. Das gilt insbesondere für die verschiedenen Standardisierungen und Instrumente der Vertragsergänzung, es gilt aber auch für die behandelten Metastandards. Praktischer Hauptanwendungsfall bislang sind Fälle des sogenannten ethischen Konsums. Diese lassen sich durch das funktionalistische Ansetzen der Sachmängelbegriffe und die Ausweitung des Eigenschaftsbegriffs in diesem Rahmen heute ohne weiteres den Qualitätsbeschreibungsmechanismen zuordnen.¹⁴³ Allerdings werden die Anforderungen an die Feststellung der Üblichkeit entsprechender Eigenschaften nicht immer leicht zu überwinden sein. Dabei hilft nun freilich der zunehmende Gebrauch von CSR-Klauseln durch Unternehmen. Deren Standards sind zumindest ansatzweise auch bereits in ISO- und DIN-Normen übernommen

¹⁴² EuGH, 1.4.2004, C-237/02 – *Freiburger Kommunalbauten*.

¹⁴³ Dazu unlängst *Schmidt-Kessel*, Ethische Qualitätsstandards bei Lebensmittelverträgen, in Möstl (Hrsg.), *Nachhaltigkeit und Ethik im Lebensmittelrecht*, Frankfurt a. M. 2017, 129, 135 f.

worden und führen – neben den über §§ 312d I 2, 434 I 3 BGB begründeten Wirkungen von vorvertraglichen Informationen, Werbeaussagen und Gütezeichen – zu einer erheblichen Ausweitung ethischer Qualitätsanforderungen.¹⁴⁴

Wie sich andere immaterielle Präferenzen als ethische Standards auf die geschuldete Qualität auswirken, läßt sich bislang allenfalls erahnen. Die Behandlung der im betriebswirtschaftlichen Bereich nachgewiesenen Bedeutung der Publikumsstimmung für die Qualität von Sport-Großveranstaltungen¹⁴⁵ etwa ist juristisch völlig ungeklärt. Die sachmängelrechtlichen Qualitätsbegriffe und damit die an sie anknüpfenden spezifisch verbraucherschützenden Instrumente wären durchaus geeignet, entsprechende Qualitätserwartungen von Verbrauchern abzubilden und etwa in Preisminderungsrechte bei schlechter Stimmung umzusetzen. Ob dies angesichts des co-kreierenden Moments solcher Gestaltungen eine brauchbare Risikoverteilung darstellt, bedarf freilich noch der Klärung.

Beim Präferenzenschutz liegen **Verbraucherschutz und eine Förderung von**
147 Verbraucherinteressen im Sinne einer Nutzung von Nachfragemacht naheliegenderweise eng zusammen.¹⁴⁶ Daher kommt es hier, soweit entsprechende Verbraucherpräferenzen tatsächlich schutzwürdige Verbrauchererwartungen darstellen, zu nicht unerheblichen Überlappungen beider verbraucherrechtlichen Akzentsetzungen. Dabei geht es heute nicht mehr um die grobsteuernde Blockade etwa arbeitnehmerunfreundlicher Unternehmen, sondern um die feinsteuernde Durchsetzung politischer Ziele über die Lieferkette. Insofern ist das flexiblere Instrument der Qualitätsbestimmung nicht unangemessen. Es darf freilich nicht übersehen werden, daß eine übermäßige Nutzung des Instruments des politischen Konsums zur Infragestellung des Präferenzenschutzes generell führen könnte. Die Akzeptanz der Qualitätsbestimmungsmechanismen von § 434 BGB et al. beruht auch und gerade auf der typisierten Abbildung tatsächlichen Parteiwillens.

Jenseits der Abbildung in Vertragsverhältnissen werden auch dingliche Rechte
148 des Verbrauchers – das „Verbrauchereigentum“ – durch den verbraucherrechtlichen Präferenzen- und Vermögensschutz geschützt. In diesem Sinne ist auch der auf Vermögensgegenstände des Verbrauchers bezogene Integritätsschutz hier einzuordnen. Er ist trotz verfassungsrechtlicher

¹⁴⁴ Schmidt-Kessel, Ethische Qualitätsstandards bei Lebensmittelverträgen, in Möstl (Hrsg.), Nachhaltigkeit und Ethik im Lebensmittelrecht, Frankfurt a. M. 2017, 129, 145-149.

¹⁴⁵ Siehe insbesondere die Beiträge in Woratschek/Horbel/Popp (Hrsg.), Value co-creation in sport management, London 2016.

¹⁴⁶ Zu einem Abgrenzungsversuch bereits oben Rn. 102.

Unterstützung¹⁴⁷ bei weitem nicht so hochrangig einzuordnen wie der Schutz der körperlichen Integrität des Verbrauchers und überschneidet sich zu weiten Teilen mit den berechtigten Verbrauchererwartungen an die Qualität vertraglicher Leistungen respective die Sicherheit von Produkten und Dienstleistungen. Nicht zufällig knüpft auch § 3 I ProdHaftG an die berechtigten Verbrauchererwartungen an, um den haftungsauslösenden Fehler des Produkts auch für Sachschäden zu bestimmen. Der Erwartungs- und Präferenzenschutz erfolgt in diesem Sinne nicht allein vertraglich.

5. Schutz der personalen Integrität

Das **jüngste der verbraucherrechtlichen Schutzgüter** ist das Persönlichkeitsrecht des Verbrauchers. Frühe Ansätze hierzu finden sich in den **149** zahlreichen Verschwiegenheitspflichten von Geheimnisträgern – etwa des Rechtsanwalts nach § 43 II BRAO –, deren Verletzung durch § 203 StGB großteils auch strafrechtlich bewehrt ist.¹⁴⁸ Sie sind richtigerweise auch als Verbraucherrecht im Sinne von § 2 UKlaG einzuordnen, soweit es um den Schutz privater Geheimnisse geht.

Im übrigen sind Persönlichkeitsrechte freilich lange Zeit ganz unabhängig von Verbraucher-Unternehmer-Beziehungen gewesen und behandelt worden, weshalb die Annahme eines eigenen verbraucherrechtlichen Schutzziels außer Verhältnis zur Bedeutung gestanden hätte.

Dieser Befund ist freilich seit der rasant wachsenden Bedeutung des Kundendatenschutzes nicht mehr zutreffend. Nach **ersten 150** Rechtsprechungswellen vor allem zu **Schufa-Klauseln** waren personenbezogene Daten zumindest politisch zum Gegenstand der Verbraucherpolitik geworden. Entsprechende Änderungen des Datenschutzrechts waren die Folge. Mit der Digitalisierung und vor allem mit der wachsenden **Verbreitung mobiler Endgeräte** (Smartphones seit spätestens 2007, Tablets seit spätestens 2010) aber auch mit dem wachsenden Bewußtsein der Unternehmen hinsichtlich des Wertes ihrer Kundendaten änderte sich die Wahrnehmung des Datenschutzrechts signifikant. In der Entscheidungspraxis

¹⁴⁷ Wiebe 148 f.

¹⁴⁸ Eine wichtige Ausnahme dazu bildet das von § 203 StGB – mit Ausnahme von nach Abs. II erfaßten Amtsträgern insbesondere von Sparkassen – nicht erfaßte Bankgeheimnis. Dazu rechtsvergleichend *Kramme*, Der Konflikt zwischen dem Bankgeheimnis und Refinanzierungsabtretungen, Deutschland - Frankreich – Schweiz, Tübingen 2014.

des Bundesgerichtshofs spielten vor allem datenschutzrechtliche Einwilligungen zu Rabattsystemen eine wesentliche Rolle.¹⁴⁹ Die Einführung der DatenschutzGVO war dann politisch in erster Linie vom Kundendatenschutz dominiert und ebenso ist es das laufende Gesetzgebungsverfahren zu einer die bisherige eDatenschutzRL 2002/58/EG ablösenden eDatenschutzVO.¹⁵⁰

Die **Zurechnung** des Kundendatenschutzrechts **zum Verbraucherrecht** ist bis heute beileibe keine Selbstverständlichkeit,¹⁵¹ jedoch sprechen die entscheidenden Argumente dafür und damit für eine Anwendung auch der verbraucherschützenden Instrumentarien gegen verantwortliche Unternehmer. **Datenschutzrechtlich** ist zunächst eine große Nähe zum Verbraucherrecht zu konstatieren. So geht es nur um die personenbezogenen Daten Betroffener, allerdings auch außerhalb des Handelns zu privaten Zwecken. Natürliche Personen, die Daten zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten verarbeiten, fallen nach Art. 2 II lit. c DatenschutzGVO aus dem Anwendungsbereich der Verordnung, wobei diese allerdings ausweislich Art. 4 Nr. 18 DatenschutzGVO bei den Verantwortlichen zwischen Unternehmern und Nicht-Unternehmern differenziert. Datenschutzrechtlich wird also insgesamt nicht exakt gleich abgegrenzt; deutlich ist aber auch, daß **verbraucherrechtliche Situationen im Fokus** der Verordnung liegen. Das gilt umso mehr als Erwägungsgrund (42) DatenschutzGVO für die Inhaltskontrolle datenschutzrechtlicher Einwilligungen ausdrücklich auf die für Verbraucherverträge geschaffene AGB-Richtlinie 93/13/EWG verweist.

Verbraucherrechtlich dürfte die Zuschreibung des Datenschutzes zum Verbraucherschutz inzwischen konsensfähig sein, weil das Datenschutzrecht sogar in den Listen verbraucherrechtlicher Normen (s.o. Kapitel 1 Rn. 51 ff.) seinen Platz gefunden hat. Die **VerbraucherrechtsdurchsetzungsVO** (EG) Nr. 2006/2004 verweist in Nr. 17 des Anhangs ausdrücklich auf die eDatenschutzRL 2002/58/EG.¹⁵² Allerdings findet sich weder ein Verweis auf die

¹⁴⁹ Siehe BGHZ 177, 253 (Payback) sowie BGH NJW 2010, 864 (Happy Digits).

¹⁵⁰ Siehe den Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation), COM(2017) 10 final vom 10.1.2017.

¹⁵¹ Vgl. etwa für Verbraucher-ADR Herden, Datenschutz als Materie eines neuen ADR-Verfahrens?, GPR 2013, 271 ff. (gegen die Anwendbarkeit der Richtlinie).

¹⁵² Dieser Verweis wird auch in der Nachfolgeverordnung bestehen bleiben.

bisherige DatenschutzRL 95/46/EG noch ist durch die DatenschutzGVO der Anhang der VerbraucherrechtsdurchsetzungsVO im Sinne einer Aufnahme der DatenschutzGVO geändert worden.¹⁵³ Für das deutsche Recht besteht hingegen inzwischen Klarheit: **§ 2 II 1 Nr. 11** mit Satz 2 **UKlaG** hat das Datenschutzrecht nunmehr ausdrücklich unter die Verbraucherschutzgesetze aufgenommen. Die dabei vorgenommenen Beschränkungen dienen – mit Sperrwirkung gegenüber **§ 2 I UKlaG** – allein der Bestimmung möglicher Gegenstände der Unterlassungsklage und ändern an der systematischen Grundentscheidung nichts.

III. Autonomie als Ziel oder Instrument?

Quer zu allen Schutzgütern und systematisch kaum befriedigend zu erfassen ist die Autonomie des Verbrauchers als Ziel und als Instrument des Verbraucherrechts. Dabei fällt auf, daß ihre **Behandlung je nach Perspektive** **höchst unterschiedlich** ausfällt. Bei der grundsätzlichen Versorgungsfrage des **Zugangs zu Leistungen** ist die Ausübung von Autonomie im Sinne der eigenständigen Definition eigener Präferenzen und Bedürfnisse und deren Umsetzung durch Aktivitäten am Markt selbstverständlicher Regelfall, der in unserer mitteleuropäischen Überflusssituation allenfalls in Ausnahmefällen bedroht erscheint. Zugangsrechte des Verbrauchers schützen hier seine Autonomie. Ähnlich ist die Lage hinsichtlich der **Preisfairneß**, weil hier die Entscheidung, ob der Verbraucher zu einem bestimmten Preis eine Leistung in Anspruch nehmen möchte aus der Marktperspektive zunächst einmal bei ihm liegt, soweit nicht Wettbewerbsbeschränkungen oder unfaire und intransparente Gestaltungen diese Entscheidung bedrohen. Auch hier ist die Autonomie also Normalfall, und muß lediglich in Ausnahmesituationen durch das Recht erkämpft werden. 153

Ganz anders verhält es sich beim **Integritätsschutz**, weil hier die autonome Verbraucherentscheidung allenfalls der Rechtfertigung von Eingriffen in die körperliche Integrität des Verbrauchers zu dienen geeignet ist. Das **Regel-Ausnahme-Verhältnis** ist also **ein anderes** als bei Zugang und Preisfairneß. 154

¹⁵³ Nach dem Stand des Gesetzgebungsverfahrens wird sich daran auch in der Nachfolgeverordnung nichts ändern. Allerdings weist diese eine eigenständige Regelung der grenzüberschreitenden Verwaltungszusammenarbeit auf, so daß – bis auf die systematische Grundfrage – eine Aufnahme der DatenschutzGVO wohl entbehrlich erschien.

Das liegt an der Grundannahme, daß der Verbraucher Eingriffen in seine Integrität grundsätzlich ablehnend gegenübersteht. Wo es allerdings wie etwa beim Behandlungsvertrag um die Ermächtigung des Unternehmers zu Eingriffen geht, wird wiederum die Autonomie des Verbrauchers hinsichtlich der Grundfrage des Eingriffs wie auch über differenzierte Einverständnisse zur Entscheidung berufen und bedarf daher gegebenenfalls des Schutzes gegenüber dem Unternehmer.

Beim **Vermögens- und Präferenzenschutz** vermischen sich beide Zugänge.

- 155 Sowohl geht es um die Durchsetzung der Verbraucherautonomie in der Realisierung seiner Präferenzen, als auch sind viele seiner Qualitätserwartungen so standardisiert und standardisierbar, daß eine Abweichung davon nur mit – wiederum zu schützendem – Einverständnis des Verbrauchers möglich ist. Beim Präferenzenschutz finden wir also die **Autonomiebetätigung sowohl als Regelfall als auch als Ausnahme**. Die daraus folgenden Konsequenzen, die traditionell im Rahmen der Konsensbildung und der Vertragsauslegung sowie der Vertragsinhaltsbestimmung im übrigen verschlüsselt liegen, sind bislang nicht hinreichend untersucht.

- 156 Beim letzten Standardschutzgut, der personalen Integrität des Verbrauchers, ist die Situation dann wiederum ähnlich: Im Ausgangspunkt geht es um das Verbot von Eingriffen in **Persönlichkeitsrechte** und insbesondere der Verarbeitung personenbezogener Daten, die – ganz im Sinne des Integritätsschutzes – nur ausnahmsweise durch Autonomiebetätigung des Verbrauchers zulässig werden. Andererseits haben diese Autonomiebetätigungen ein solches Ausmaß erreicht, daß – wie beim Präferenzenschutz und mit diesem deutlich überlappend – das Regel-Ausnahme-Verhältnis teilweise eine praktische Umkehrung erfährt. Die Befugnis zur Datenverarbeitung aus berechtigtem Interesse nach Art. 6 I lit. f DatenschutzGVO verbunden mit dem Widerspruchsrecht des betroffenen Verbrauchers etabliert zudem auch die umgekehrte Situation. Gerade für die Datenökonomie ist daher die Frage, wann Autonomie die Regel und wann sie die Ausnahme ist, erst noch zu klären.

Die – begrenzte – Handelbarkeit von Daten unterscheidet denn auch den personalen Integritätsschutz vom Schutz der körperlichen Integrität des Verbrauchers und rückt ihn in die Nähe des Verbrauchereigentums.

- 157 Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß die **Rolle der Autonomie** des Verbrauchers in den verschiedenen Schutzbereichen des Verbraucherrechts **höchst unterschiedlich** ist. Dabei geht es nicht allein um die Frage nach der

richtigen Bestimmung von Regel und Ausnahme, sondern auch um sehr verschiedene Gestaltungsfragen sowie um Wirkungen relativer oder absoluter Natur. **Verbraucherautonomie ist in diesem – instrumentalen – Bereich sehr heterogen.** Auch dies erklärt, warum die Information als Metastandard¹⁵⁴ in ihrer Pauschalität kaum geeignet ist, befriedigende Lösungen herbeizuführen.

Gerade die verschiedenen Instrumente des Informationsparadigmas, also der Vorstellung, viel Information verbessere die Verbraucherentscheidung und schütze ihn damit verstärkt, erheben den **Verbraucher zum ersten Beschützer seiner selbst.** In diesem Sinne ist seine Autonomie **vollständig instrumental gedacht:** Sie dient der Durchsetzung seines Schutzes, weil sich der Verbraucher – jedenfalls der Theorie nach – bei Entwicklungen gegen seinen Willen diesen Entwicklungen verweigern kann. Aus der Schutzperspektive ist dieses Instrument nicht absolut, sondern tritt – je nach Auffassung – als Ausgangspunkt neben solche Schutzinstrumente, bei denen die Rechtsordnung auf die Fähigkeiten des Verbrauchers und seiner Autonomiebetätigung nicht vertraut, wie Verbote, Zulassungserfordernisse etc. Eingriffe in die Autonomie sind in dieser Perspektive keine Beschränkungen der Verbraucherposition, sondern lediglich Instrumente zum Schutz der verschiedenen Schutzgüter. In dieser Perspektive sind sie – abgesehen von der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs gegenüber dem Unternehmer – nicht rechtfertigungsbedürftig. 158

Ganz anders ist die Lage aus der Perspektive einer Einordnung der **Verbraucherautonomie als Selbstzweck.** Aus dieser Perspektive erfolgt eine rein formale Betrachtung: Was der Verbraucher will, ist gleichgültig; er wird mit diesem Willen geschützt. Insbesondere spielen seine – „wohlverstandenen“ – Präferenzen für den Schutz der Autonomie keine Rolle. 159

Das **Verfassungsrecht** schützt die Freiheit zur „Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben“¹⁵⁵ und als deren Teil die Wahl- und Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers.¹⁵⁶ Die damit verbundenen Anforderungen an die Gestaltung der Privatrechtsordnung beinhalten die **Pflicht, der Selbstbestimmung** des Einzelnen im Rechtsleben **einen angemessenen** 160

¹⁵⁴ S. nochmals *Jansen-Behnen*, Regulierungsmechanismen des Verbraucherschutzes in Maklerrecht, Tübingen 2017, 317 ff.

¹⁵⁵ BVerfGE 89, 214, 231 (Bürgschaftsentscheidung).

¹⁵⁶ *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers. Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge, Tübingen 1998, 253 ff.; *Wiebe*, 146 ff.

Betätigungsraum zu eröffnen.¹⁵⁷ Inhalt dieser Pflicht ist unter anderem die Zurverfügungstellung rechtsgeschäftlicher Gestaltungsmittel, die zur Realisierung der Autonomie rechtsverbindliche Regelungen zwischen Vertragspartnern begründen können.

161 Zur Erreichung praktischer Konkordanz zwischen den Positionen der Vertragspartner genügt das Instrumentarium des bestehenden Vertragsrechts dieser Pflicht grundsätzlich. Das gilt freilich nicht, wenn einer der Vertragsteile den Vertrag faktisch einseitig bestimmen kann und der Vertrag damit für die andere Seite zur Fremdbestimmung wird.¹⁵⁸ Bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen ist daher auch die **Autonomie des Verbrauchers selbst Schutzgut**, unabhängig davon, was er in Verwirklichung dieser Autonomie anstrebt. Auch in diesem Sinne sind die vorhandenen Regelungen des Verbraucherrechts zu deuten¹⁵⁹. Dementsprechend stellt sich für das Verbraucherrecht das **Telos des Autonomieschutzes neben die Telea der einzelnen Schutzgüter**. Die Autonomie weist insofern einen **Doppelcharakter** als Schutzziel und Schutzinstrument auf.

162 Dieser Doppelcharakter der Autonomie kann zu **Spannungslagen** führen, wo der **Schutz** anderer Ziele verbraucherrechtlich **durch Beschränkungen der Autonomie des Verbrauchers** verfolgt wird. Solche Autonomiebeschränkungen finden sich insbesondere in Einschränkungen der Geschäftsfähigkeit, wie sie sich etwa aus dem Minderjährigenschutz nach §§ 104 ff. BGB, dem betreuungsrechtlichen Einwilligungsvorbehalt nach § 1903 BGB oder der Unfähigkeit des Verbrauchers niederschlägt, in bestimmten Konstellationen Verträge ohne Widerrufsrecht im Sinne der §§ 355 ff. BGB abzuschließen. Zwingendes Recht gestattet dem Verbraucher ebenfalls nicht, etwa für eine reduzierte Gegenleistung geringere Qualitäten zu akzeptieren. Grund ist hier jeweils, wie auch in zahlreichen weiteren Beispielen, etwa der Beschränkung der Einwilligung, daß der Gesetzgeber – oder etwa im Falle von § 1903 BGB das Betreuungsgericht – die übrigen Schutzgüter über den Schutz der Autonomie stellt. Verbraucherschutz ist dann **Schutz vor sich selbst** und wird eben nicht mehr durch Verbraucherautonomie als Schutzinstrument erreicht.

¹⁵⁷ BVerfGE 89, 214, 231.

¹⁵⁸ BVerfGE 81, 242, 255; BVerfGE 89, 214, 232.

¹⁵⁹ BVerfGE 89, 214, 233 unter Verweis auf *Hönn*, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, München 1982.

Noch schärfer tritt das Spannungsverhältnis hervor, soweit **Autonomiebeschränkungen** nicht zum Zwecke des Verbraucherschutzes, **163** sondern **zur Förderung von Verbraucherinteressen** im Sinne einer Steuerung über die Nachfrageseite eingesetzt wird. An dieser Stelle richten sich beide Akzentsetzungen des Verbraucherrechts sogar gegeneinander, weil Beschränkungen der Autonomie des Verbrauchers zu Steuerungszwecken nicht verbraucherpolitisch, sondern nur über die betreffenden Steuerungsziele gerechtfertigt werden kann.

Ob beispielsweise das Aufdrängen von Information – etwa über gentechnisch veränderte Bestandteile von Lebensmitteln oder deren umweltbezogene, soziale oder ethische Gesichtspunkte – insoweit bereits Eingriffscharakter hat und damit im Hinblick auf die verfolgten Steuerungsziele rechtfertigungsbedürftig wird, ist bislang nicht hinreichend geklärt. Angesichts recht massiver Regeln über unverlangte Information etwa im Bereich des Belästigungsverbots nach § 7 UWG, wird man solchen Vorgaben freilich einen Eingriffscharakter in die Sphäre des Verbrauchers nicht absprechen können. Soweit es sich um Pflichtangaben handelt, erfolgt der Eingriff zumindest auch mittelbar durch den Staat, sodaß die grundrechtlich geschützte Autonomie des Verbrauchers solche Eingriffe zu Steuerungszwecken rechtfertigungsbedürftig werden läßt. Jedenfalls besteht – gerade auch wegen der beschränkten kognitiven Fähigkeiten von Verbrauchern – ggf. ein berechtigtes Interesse von – desinteressierten – Verbrauchern an Rechtsschutz gegen die Anordnung von Informationspflichten zu Steuerungszwecken.

IV. Verbraucherrecht zur Förderung von Verbraucherinteressen

Zu den **Kerncharakteristika** einer nachfrageorientierten Förderung der Verbraucherinteressen gehören die **Organisation, Bündelung und 164 Formulierung überindividueller Verbraucherinteressen** durch die Schaffung respective Förderung von Institutionen, welche sowohl staatliche Institutionen (etwa im Sinne einer Verkammerung) als auch solche der Zivilgesellschaft (insbesondere Verbraucherverbände, **watchdogs** und ähnliche) sein können. Jenseits dieser (Fremd- oder Selbst-)Organisation der Verbraucherinteressen wird mit nachfrageorientierter Verbraucherpolitik die Idee der Partizipation verbunden, welche wiederum reguliert, durch Governance-Elemente oder auch durch rein zivilgesellschaftliche Ansätze organisiert werden kann.

Ein sehr aktuelles Beispiel in diesem Sinne ist die Steuerungsfunktion der in der abgelaufenen Legislaturperiode bei den Verbraucherzentralen neu eingerichteten und aus Bundesmitteln finanzierten Marktwächter. Bei ihnen treffen Schutzfunktion und Steuerungsfunktion zusammen. Vorbereitende Studien künftiger politischer Aktivität (im Gegensatz zu Evaluationen geltenden Rechts) etwa haben zugleich die Funktion, Anbieter bereits unterhalb der Schwelle verbraucherschützender Maßnahmen in ihrem Verhalten im Sinne der definierten Verbraucherinteressen zu beeinflussen.

Materiell geht es bei nachfrageorientierter Verbraucherpolitik vor allem um
165 Information und Bildung der Verbraucher. Wegen der überindividuellen Ausrichtung nachfrageorientierter Verbraucherpolitik dienen beide Elemente primär zur Steuerung des Unternehmensverhaltens. Verbraucherpolitik ist hier in erster Linie **Steuerungsinstrument**, das der Durchsetzung anderer Politikziele dient, indem diese als Verbraucherinteressen formuliert werden. Dabei ist diese Säule der Verbraucherpolitik – von der Frage der Instrumentalisierung abgesehen – politisch neutral und jeweils abhängig von den durch die Verbraucherpolitik verfolgten Zwecken.

Das bedeutet freilich nicht, daß jegliche Informationsvorgabe Förderung von Verbraucherinteressen wäre. Das gilt auch etwa für das Preisangabenrecht, welches in erster Linie dem Verbraucherschutz zuzuordnen ist. Der Erlaß der PreisangabenRL 98/6/EG auf der Basis der Vorgängervorschrift von Art. 169 II lit. b AEUV ist also fehlerhaft gewesen.¹⁶⁰

Eine rechtliche Selbstverständlichkeit ist die Möglichkeit einer Durchsetzung und
166 Förderung der allgemein akzeptierten Werte des Grundgesetzes durch – dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügenden – Maßnahmen einer nachfrageorientierten Verbraucherpolitik. Als – durch politische Entscheidungen auszufüllende – Handlungsfelder kommen dabei grundsätzlich sämtliche dort genannten Werte in Frage, also insbesondere die Wertentscheidungen des Grundrechtskatalogs, die Staatszielbestimmungen sowie Verfassungsprinzipien nach Art. 20 GG. Dabei ist die Eignung verbraucherpolitischer Maßnahmen zweifellos unterschiedlich einzuschätzen – und erst recht wird die politische Beurteilung solcher Maßnahmen nicht durchgehend konsensual erfolgen. Dabei schlagen sich Zielkonflikte zwischen den verschiedenen Werten bis in die Details einer Verbraucherpolitik und der – vor allem politischen – Auseinandersetzungen darum nieder.

Praktisch ist bereits die Instrumentalisierung der Nachfrageseite zur Bekämpfung von Diskriminierungen oder Menschenwürdeverletzungen. Durch Einbeschreibung bestimmter sozialer Standards in die Qualität von Sach- oder Dienstleistungen läßt sich die Nachfrageseite, etwa zur Bekämpfung von diskriminierenden Praktiken am Arbeitsplatz oder von Kinderarbeit, einsetzen.¹⁶¹

Auch zur Verfolgung politischer Ziele läßt sich die **Verbraucherpolitik also als**
167 Durchsetzungsinstrument nutzen. Gängig sind solche Instrumentalisierungen in etwa im Bereich der Preisstabilität (Stichwort: Anpassungsklauseln), bei

¹⁶⁰ Schmidt-Kessel, EnzEuR Bd. 6, § 4 Rn. 50, 99, 316.

¹⁶¹ Dazu zuletzt Schmidt-Kessel, Ethische Qualitätsstandards bei Lebensmittelverträgen, in Möstl (Hrsg.), Nachhaltigkeit und Ethik im Lebensmittelrecht, Frankfurt a.M. 2017, 129 ff.

Fragen des Umweltschutzes (Stichwort: Verbraucherinformation über energetische Eigenschaften von Geräten) oder im Bereich der Sprachpolitiken. Mögliche weitere Handlungsfelder wären die Währungsunion, die Antidiskriminierungspolitik sowie materielle Aufladungen der Handelspolitik.

Kapitel 3: Verbraucherbegriff

Literatur: *Meller-Hannich*, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht. Private Freiheit und Staatliche Ordnung, Tübingen 2005.

Trotz der erheblichen Unterschiede bei den Zielsetzungen des Verbraucherrechts ist es – unter maßgebendem Einfluß des europäischen Gesetzgebers – gelungen, für das deutsche Verbraucherrecht einen **allgemeinen Verbraucherbegriff** zu entwickeln, der die Ziele des Verbraucherrechts hinsichtlich der Bestimmung des Anwendungsbereichs der einschlägigen Normen umsetzt respective umsetzen soll. Dabei ist die begriffliche Fassung des geschützten Personenkreises im Verbraucherbegriff vor allem **durch den Schutzaspekt der Verbraucherpolitik geprägt**, und zwar sowohl rechtspolitisch als auch rechtsdogmatisch.¹⁶² 168

Durch die Notwendigkeit der Konkordanz von Schutzinstrumentarium, berechtigten Unternehmerinteressen, Interessen Dritter sowie mit Blick auf die begrenzte Leistungsfähigkeit staatlicher Anwendung deckt sich der Verbraucherbegriff dabei nicht in jeder Hinsicht mit dem im vorigen Kapitel beschriebenen Zielsetzungen und dem Maß von deren Ausgreifen. Umgekehrt greift der Begriff durch seine typisierende Vorgehensweise im Einzelfall nicht selten über das Maß erforderlichen Schutzes hinaus.

Die Auswahl des in seinen Interessen geförderten Personenkreises ist dabei auch im **Kontext der** miteinander ringenden **politischen Grundüberzeugungen** hinsichtlich der Rolle, Funktion, Legitimation und Schutzwürdigkeit von Konsumenten und Verbrauchern zu interpretieren (s. unten Rn. 175 ff.). Die vom europäischen Gesetzgeber vorgegebene und vom deutschen Gesetzgeber nur in einem – allerdings wichtigem – Detail zulässigerweise erweiterten Verbraucherrückgriff ist insoweit auch Ausdruck eines politischen Konsenses. 169

Der Verbraucherbegriff ist daher – selbstverständlich – der **Zentralbegriff** des Verbraucherrechts. Er prägt nicht nur – ebenso selbstverständlich – das Rechtsgebiet sowie die Disziplin der Wissenschaft vom Verbraucherrecht und grenzt diese von anderen Rechtsgebieten und Disziplinen ab. Er ist als positives oder negatives Tatbestandsmerkmal auch entscheidend für den Anwendungsbereich der einzelnen Rechtsnormen und **verschlüsselt** für den Verbraucherschutz damit zugleich die **Entscheidung über die grundsätzliche Schutzwürdigkeit**. 170

¹⁶² Zu besonderen Begriffsverständnissen im Kontext der Förderung von Verbraucherinteressen s. Frankfurter Kommentar/*Schmidt-Kessel* Art. 12 Rn. 33-36.

Für das deutsche Recht ist ganz überwiegend die **Verbraucherdefinition in § 13**
171 **BGB** maßgebend. Danach ist Verbraucher „jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können“. Maßgebend sind dabei die Merkmale **natürliche Person** und **privater Zweck**. Hingegen ist das Merkmal Rechtsgeschäft von sehr beschränkter Relevanz (s.u. Rn. 237 ff.).

Dieser Verbraucherbegriff des § 13 BGB beruht weitgehend auf **Vorgaben des**
172 **europäischen Sekundärrechts**. Insoweit dient er der Umsetzung zahlreicher unionsrechtlicher Richtlinien¹⁶³ und ist regelmäßig Gegenstand von Auslegungsentscheidungen des Europäischen Gerichtshofs. Damit folgen Unionrecht und deutsches Recht demselben – rollenbezogenen nämlich auf privates Tätigwerden am Markt zielenden – Grundverständnis des Verbraucherrechts.

§ 13 BGB weist mehrere Abweichungen von den verschiedenen Wortlauten der zugrundeliegenden Richtlinien auf, die jedoch durchweg unionsrechtskonform sind.¹⁶⁴ Dementsprechend ist hinsichtlich dieser Abweichungen das – insoweit – autonome deutsche Recht maßgebend. Soweit jedoch Verordnungen des Unionsrechts mit eigenen Definitionen des Verbrauchers aufwarten, etwa Art. 17 I Brüssel Ia-VO 1215/2015 oder Art. 6 I Rom I-VO 593/2008, sind diese allein maßgebend und ein Rückgriff auf das deutsche Recht ist unzulässig.

Der **Anwendungsbereich** der gesetzlichen Definition des Verbrauchers in § 13
173 BGB ist nicht auf das BGB und auch nicht auf das Verbrauchervertragsrecht beschränkt. Die Vorschrift bestimmt den Verbraucherbegriff vielmehr **für die gesamte Rechtsordnung**, soweit keine spezielleren Definitionen eingreifen. Für das Handelsrecht ergibt sich das bereits aus der Regelungsgeschichte.¹⁶⁵ Für andere Gesetze haben Rechtsprechung und Schrifttum jeweils aus Entstehungsgeschichte, Systematik und Regelungszweck regelmäßig ebenfalls die Maßgeblichkeit von § 13 BGB abgeleitet, so etwa für die ZPO, das UWG (s. § 2 II UWG) oder die GewO.

¹⁶³ Die Verweise in der amtlichen Fußnote nennen freilich nur einen Teil dieser Richtlinien.

¹⁶⁴ Siehe insbesondere unten Rn. 217 ff. (unselbständige berufliche Tätigkeit) und 209 ff. (*dual use*-Situationen).

¹⁶⁵ Zur ersten Legaldefinition des Verbrauchers durch § 414 IV HGB a.F. durch die Transportrechtsreform von 1998 vgl. die unscheinbaren Hinweise bei *Hopt*, HGB (30. Aufl. 2000) Rn. 6. Zur Übernahme der Definition in das BGB durch das Fernabsatzgesetz im Jahre 2000 s. *Wendehorst*, DSStR 2000, 1311 f. Einschlägige Tatbestände sind etwa §§ 414 III, 449 III, 451a II, 451b II, III, 451g, 451h HGB.

Soweit es allerdings bei den Handlungen des Verbrauchers nicht um Rechtsgeschäfte geht, wird die Definition des § 13 BGB in Abweichung vom Wortlaut auf jegliche *Handlungen* natürlicher Personen zu privaten Zwecken bezogen; das entspricht der Modifikation der Definition, wie sie bereits innerhalb des BGB für einige Tatbestände – insbesondere §§ 241a, 661a BGB – erforderlich wird (s.u. Rn. 240). Für das UWG hat der Gesetzgeber dem durch die Anordnung entsprechender Anwendung von § 13 BGB in § 2 II UWG Rechnung getragen. Für die besondere Zuständigkeitsregel des § 104a UrhG hat der Gesetzgeber hingegen auf den Begriff des Verbrauchers ganz verzichtet, jedoch für die Beschreibung des subjektiven Anwendungsbereichs der Vorschrift dieselben Merkmale – natürliche Person, Handeln zu privatem Zweck – verwendet wie in § 13 BGB.

Für einige Spezialmaterien verwendet das deutsche Recht hingegen **abweichende Verbraucherbegriffe**. Das betrifft etwa das Lebensmittel- und das **Energierecht**, dessen besondere Definitionen freilich Großteils ihrerseits auf unionsrechtliche Vorgaben zurückgehen. 174

Die Folge dieser divergierenden Begriffe kann bisweilen zu merkwürdigen Anwendungssituationen führen. So ist etwa jeder, der Speisen verzehrt, durch die gesundheitsschützenden Teile des Lebensmittelrechts geschützt, während es für den vertragsrechtlichen Verbraucherschutz etwa für den Kauf des Lebensmittels auf den Zweck des Geschäfts ankommt.

I. Auswahl des Personenkreises

Den Begriff des Verbrauchers – oder des häufig synonym gesetzten Konsumenten¹⁶⁶ – kann man sehr unterschiedlich definieren. Denkbar wäre etwa eine Definition über die Zugehörigkeit zu einer **sozialen Schicht oder Klasse**, etwa der Arbeiterklasse. Ebenso denkbar – und für bestimmte Fälle auch intensiv diskutiert (s.u. Rn. 186 ff.) – wäre auch die Anknüpfung an ökonomische Begriffsbildungen und damit eine Beschränkung auf Nachfrager. Das geltende deutsche Recht folgt diesen Wegen freilich **nicht**, sondern knüpft zum einen an die Rolle als privater Marktakteur und zusätzlich – zumindest ganz überwiegend – an bestimmte typisierte Risikolagen an. 175

Eine Anknüpfung an den Arbeitnehmerstatus (heute kaum mehr „Arbeiterklasse“¹⁶⁷) ist nicht von vornherein von der Hand zu weisen, wenn man bedenkt, daß regelmäßig Gewerkschaften

¹⁶⁶ Allerdings nicht für das deutsche Recht. Der Konsument steht aber juristisch immerhin noch für den Titel des österreichischen Konsumentenschutzgesetzes Pate, wenngleich das Gesetz selbst inzwischen den „Verbraucher“ als Begriff verwendet. Außerhalb der juristischen Terminologie findet sich der Konsumentenbegriff recht verbreitet.

¹⁶⁷ In diesem Sinne etwa noch *Tonner*, DuR 1975, 119, 128.

Mitglieder der Verbraucherorganisationen sind.¹⁶⁸ In dieselbe Richtung weist die Geschichte der Konsumgenossenschaften, die mit einer engen Verbindung von Arbeiterbewegung und Verbraucherversorgung einhergeht. In der heutigen Rechtspraxis spiegeln sich solche Sichtweisen bisweilen noch in einer gewissen Zurückhaltung gegenüber der Einordnung von Kapitalanlegern als Verbraucher respective in manchen Argumenten zu der Frage wieder, ob bei bestimmten Vermögensgrenzen die handelnde Person nicht mehr Verbraucher sein kann.¹⁶⁹ Auch die deutsche Ausweitung des Verbraucherbegriffs auf Arbeitnehmer im Jahre 2002 (dazu noch unten Rn. 217 ff.) läßt sich in diesem Sinne verstehen.

Ganz überwiegend wird der Verbraucher hingegen heute als **Rolle eines bestimmten typisierten Marktteilnehmers** aufgefaßt. Das bedeutet zunächst, daß die rechtliche Behandlung als Verbraucher von einer bestimmten Art der Teilnahme am Marktgeschehen, also von seiner **Verbraucherrolle**, abhängt, wie das auch beim Arbeitnehmer oder beim Kaufmann der Fall ist.

Mit dem Anknüpfen an die Rolle für die Einordnung der betreffenden Person als Verbraucher ist jedoch noch keine (selbstverständliche) Entscheidung über die Einschlägigkeit verbraucherrechtlicher Normen überhaupt getroffen. Das hat seinen Grund bereits in dem Umstand, daß der Verbraucherbegriff zwar überwiegend durch die Schutzperspektive bestimmt wird, daß er aber auch immer wieder Teil der Bestimmung des personalen Bereichs der Berücksichtigung oder Förderung von Verbraucherinteressen ist.

Wenig überzeugend ist es daher, Fragen der dogmatischen Grundkonzeption des Verbraucherrechts ausgerechnet am Verbraucherbegriff festzumachen.¹⁷⁰ Allein in der **Bestimmung des Verbraucherbegriffs** liegt nämlich noch **keine** gesetzgeberische oder sonst rechtspolitische **Entscheidung darüber, welchem Schutzkonzept** oder welchem Konzept der Förderung von – politisch zu definierenden – Verbraucherinteressen die jeweilige Norm folgt, die den Begriff „Verbraucher“ in ihrem Wortlaut führt. Nicht der Verbraucherbegriff ist daher der richtige Ort für den großen konzeptionellen Streit zwischen der These genereller struktureller Unterlegenheit der Verbraucher und der Idee des Schutzes in typisierten Risikosituationen, sondern die Frage nach dem Anwendungsbereich der jeweils zu prüfenden Regel.

Es ist im übrigen auch **methodisch zweifelhaft**, den bereits erläuterten **Konflikt** zwischen der Auffassung, der Verbraucher sei generell strukturell unterlegen und der Gegenauffassung, die lediglich in bestimmten Situationen einen Schutz für erforderlich hält, **auf einer allgemeinen dogmatischen Ebene lösen zu wollen**.

¹⁶⁸ Für den Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. ist etwa die Fördermitgliedschaft des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB) auf den Internetseiten des vubv nachgewiesen.

¹⁶⁹ Siehe unten Rn. 205 f.

¹⁷⁰ So insbesondere MüKo/Micklitz, Vorbem. zu §§ 13, 14 BGB Rn. 64 ff.

Die Frage, wo der Gesetzgeber generell – also allein aufgrund der Verbrauchereigenschaft – schützt und wo konkrete Risikosituationen beschrieben werden, ist vielmehr anhand der **jeweiligen einzelnen Normen** zu klären. Erst recht gilt das bei der personalen Abgrenzung des Personenkreises, dessen Interessen als Verbraucherinteressen politisch definiert und dann durch rechtliche Instrumente durchgesetzt werden. Die Definition des Interesses schließt hier regelmäßig eine Definition des Personenkreises, dem dieses Interesse durch politische Entscheidung zugeschrieben wird, mit ein oder setzt diese Definition zumindest stillschweigend voraus.

II. Private Zweckbestimmung als Kern des Verbraucherbegriffs

Sowohl die europäische als auch die deutsche Begrifflichkeit vom Verbraucher erhebt für das Verbraucherrecht die private Zweckbestimmung der handelnden Person zum **Kern des Verbraucherbegriffs**. Diese Maßgeblichkeit des privaten Zwecks ist keine generelle Eigenschaft der handelnden Person, sondern jeweils 179 für den Einzelfall der betreffenden Aktion zu prüfen. Mit dem Abstellen auf die private Zwecksetzung verdeutlicht das Gesetz zugleich, daß es ein Zusammenspiel von Verbraucherrolle und Nachfragerposition nicht für erforderlich hält und entscheidet sich so gegen historisch und interdisziplinär bedeutsame Vorprägungen von Verbraucher- und Konsumentenbegriff. Schließlich entfaltet § 13 BGB auch Wirkungen hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast, als deren Ausgangspunkt die Regel anzusehen ist, daß nur bei einer (überwiegenden) professionellen Zwecksetzung die natürliche Person nicht als Verbraucher behandelt wird.

1. Einzelfallprüfung

Maßgebend ist jeweils das Vorliegen der Verbrauchereigenschaft im einzelnen Fall. Das betreffende Geschäft muß seiner privaten Sphäre zuzuordnen sein, 180 sonst scheidet die Anwendung von Verbraucherrecht aus. Bereits hinter dieser Grundentscheidung steht die Überzeugung von der **Angemessenheit eines differenzierenden Schutzes**. Dieselbe Person kann je nach Kontext das eine Mal schutzwürdig und das andere Mal nicht schutzwürdig handeln. Dieser rollenbezogene Ansatz ist eine bewußte Abwendung von jeder Form von Standes- und Klassendenken. Zugleich führt es zu einer Reduktion der

Freiheitsbeschränkung zu Lasten des anderen Vertragspartners oder sonstigen Gegenübers auf ein begrenztes, dem Einzelfall angemesseneres Maß. Damit verwirklicht der Gesetzgeber auch die Anforderungen an zulässige Typisierungen, welche das Gleichbehandlungsgebot von Art. 3 I GG dem Gesetzgeber auferlegt.

Nicht damit zu verwechseln ist hingegen die zusätzliche Anknüpfung des Verbraucherrechts an Situationen besonderer Schutzbedürftigkeit. Diese weitere Differenzierung hat die Anknüpfung an den Einzelfall zwar zur Voraussetzung, nicht jedoch auch die Privatheit des Verbraucherhandelns.

2. Maßgeblichkeit des privaten Zwecks

Die Maßgeblichkeit der privaten Zwecksetzung ist der Definition des § 13 BGB
181 nicht unmittelbar zu entnehmen. Der **Wortlaut umschreibt** dieses **Merkmal** vielmehr **negativ** dahingehend, daß das Handeln der natürlichen Person „überwiegend weder gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeiten zugerechnet werden“ kann. Diese negative Beschreibung – die in mehreren europarechtlichen Definitionen noch ohne Änderung in der Sache um die Merkmale geschäftlich und handwerklich ergänzt wird – hat den Vorteil, keine zusätzliche Begrifflichkeit der privaten Zwecksetzung zu schaffen, die ihrerseits nur neue Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich bringen kann.

Der **rechtspolitische Grund** für dieses Abstellen auf die Privatheit der
182 schutzwürdigen Person wird selten ausdrücklich angesprochen.¹⁷¹ Ausgangspunkt ist dabei einerseits die Überzeugung, daß eine Typisierung erforderlich ist und andererseits die Vermeidung einer klassen- oder standesmäßigen Dauerzuordnung. Maßgebend ist vielmehr die Vorstellung, die Schutzbedürftigkeit in Abhängigkeit von der jeweils eingenommenen Rolle zu bestimmen. Die schlichte Nachfragerrolle ist hierfür freilich ungeeignet, weil diese auch von hochprofessionellen und keinesfalls schutzbedürftigen Abnehmern eingenommen wird.¹⁷² Die Anknüpfung an die Privatheit des einzelnen Geschäftszwecks erlaubt nun einerseits eine situationsabhängige Anwendung

¹⁷¹ Besonders ausführlich jedoch *Meller-Hannich*, 125-132. Siehe auch die Hinweise bei *Bülow/Artz*, 6 f. In Kommentierungen zu § 13 BGB wird dieser wichtige Punkt jedoch kaum einmal angesprochen.

¹⁷² Eine Reihe von Sondergesetzen arbeitet aus diesem Grunde mit dem – problematischen – Begriff des Letztverbrauchers. Anlegerschutzrechtlich wird hingegen – neben dem Kleinanleger – auch mit dem Privatanleger also der Kategorie privaten Handelns operiert.

von Schutzmechanismen und vermeidet andererseits die Anknüpfung an die – historisch und weltanschaulich wenig konsensfähige – Nachfrageseite. Zugleich läßt sich mit dem Erfordernis der Privatheit des Handelns **mangelnde Erfahrung typisieren**, die zumindest potentiell Schutzbedürftigkeit begründet.

Meller-Hannich und andere haben nachdrücklich darauf hingewiesen, daß auf diese Weise auch dem ohne Geschäftsbezug tätigen Gewerbetreibenden und Freiberufler im privaten Kontext Unerfahrenheit unterstellt werde. Für diese Typisierung gebe es aber keinen Grund.¹⁷³ Zutreffend ist auch, daß auf diese Weise nicht erklärt werden kann, warum branchenfremde Geschäfte unternehmerisch tätiger Marktteilnehmer anders als in einigen anderen Rechtsordnungen keinen besonderen Schutz auslösen. Gleichwohl überzeugt dieser Teil der Erklärung, weil er – ganz im Sinne einer Typisierung – mit Recht auf eine typischerweise in den erfaßten Situationen vorhandene Unerfahrenheit abstellt. Soweit ein im übrigen selbständig Tätiger branchenfremde Geschäfte vornimmt, ändert sich an dieser Ausgangslage ohnehin nichts. Für brancheneigene private Geschäfte wird hingegen das Fehlen einer Zuordnung zum Unternehmen aus rechtlichen wie aus praktischen Gründen nur selten dem Tatrichter in der einen und den Steuerbehörden in der anderen Weise vermittelbar sein (zur Darlegungs- und Beweislast unten Rn. 192).

Vermutlich noch wichtiger für die Erklärung der Anknüpfung an die Privatheit der Zwecksetzung ist jedoch der sachliche **Unterschied zur wirtschaftlich orientierten unternehmerischen Entscheidung**.¹⁷⁴ Der Schutz einer natürlichen Person als Verbraucher setzt voraus, daß es sich nicht um eine unternehmerische Entscheidung handelt. In diesem Sinne ist auch die negative Formulierung von § 13 BGB sachlich richtig. Auch wer grundsätzlich als Selbständiger unternehmerisch tätig ist, trifft im privaten Kontext andere Entscheidungen. Insbesondere ist das **Maß erwartbarer Irrationalität** ein anderes. Auch im Hinblick auf diese anderen Entscheidungsgrundlagen – zu denen auch die Abwicklung im Massenverfahren sowie eine andere Kommunikations- und Risikostruktur gehört – ist die Anknüpfung an die Privatheit der Zwecksetzung des eigenen Handelns sinnvoll. 183

Nicht überzeugend ist hingegen der Verweis auf die beim im Unternehmen stattfindende Wertschöpfung,¹⁷⁵ weil diese Betrachtung spürbar von der Vorstellung des Konsums geprägt ist, den es unternehmerseits nicht gebe. Damit wird nicht allein die durchaus in Unternehmen vorhandene Irrationalität mancher Entscheidungen unterschätzt, sondern letztlich der Verbraucher wieder in die reine Nachfragerrolle gedrängt.

¹⁷³ *Meller-Hannich*, 130 („Ein Grund dafür ... wurde nämlich bislang nicht gefunden und kann auch nicht gefunden werden.“).

¹⁷⁴ Völlig zutreffend *Meller-Hannich*, 129.

¹⁷⁵ So *Meller-Hannich*, 129.

- Rechtstechnisch** ist das Privatheitskriterium – jedenfalls in seinem objektiven
184 Verständnis – auch besonders für die Abgrenzung geeignet. Es vermeidet die Anknüpfung an Formalien wie Registereinträge und Rechtsformen, entspricht intuitiven Wahrnehmungen und läßt sich auch tatrichterlich gut bewältigen. Die aufgetretenen Grenzfälle belegen dies eher, als daß sie Zweifel am Kriterium wecken.

Historisch dürfte für die Durchsetzung des Privatheitsbegriffs ausschlaggebend gewesen sein, daß das Haustürgeschäfterecht bei der Begriffsentstehung entscheidend Pate gestanden hat. Dieses ist bereits in seinen gewerberechtlichen Vorläufern und Begleitungen von der Vorstellung beherrscht, daß der Umherziehende¹⁷⁶ dem privaten Haushalt gegenübertrete.¹⁷⁷ In dieser Vorstellung macht es einen erheblichen Unterschied, ob der reisegewerbetreibende Unternehmer im Geschäftslokal des potentiellen Vertragspartners oder an dessen privaten Haustür erscheint.

- Daß wie gelegentlich vorgetragen das Schuldrecht im übrigen nicht nach
185 Motivationslagen der Parteien unterscheidet¹⁷⁸, ist angesichts der objektiven Fassung des Privatheitskriteriums (dazu unten Rn. 199) unrichtig, soweit damit an einen Parteiwillen zur Privatheit angeknüpft werden soll. Vielmehr geht es – insoweit der Situation nach §§ 343, 344 HGB durchaus vergleichbar – nicht um eine subjektive Motivationslage, sondern um eine **objektive Zurechnung zu Aktionssphären**. Insoweit geht es auch nicht um eine „aus der Motivation erwachsene Beeinträchtigung der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit“, sondern um **sphärentypische Entscheidungsbedingungen**, die vom Handelnden nicht einmal gewollt sein müssen. Es geht also nicht um eine – partielle – Entlassung aus der Verantwortung für den geschlossenen Vertrag aufgrund einer – optional gedachten – Erwägung zum betreffenden Vorgang, sondern um die Ziehung einer Grenze zwischen typisiert verschiedenen Entscheidungssituationen.

3. Keine Beschränkung auf Nachfrager

- Mit der privaten Zweckbestimmung des Handelns der natürlichen Person als
186 maßgebendem Kriterium des Verbraucherbegriffs ist zugleich die generelle

¹⁷⁶ So die ursprüngliche Formulierung der Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund von 1869.

¹⁷⁷ Dies war im Text der Ursprungsfassung nicht gleichermaßen klar erkennbar und ist erst in den Folgejahrzehnten stärker geschärft worden. Heute sind §§ 55, 55b I GewO in dieser Hinsicht deutlich.

¹⁷⁸ So Meller-Hannich, 133.

Entscheidung gegen eine Beschränkung des geschützten oder geförderten Personenkreises **auf die Nachfrageseite** gefallen.

Kann überhaupt ein Leistungsanbieter als Verbraucher geschützt sein? Hier treffen die Grundrichtungen des Verbraucherrechts aufeinander, wenn einerseits nachfrageorientierte Politik betrieben wird und andererseits Schwächerenschutz in bestimmten Situationen betrieben wird. Die verschiedenen Auflösungserscheinungen des Verbraucher-Unternehmer-Antagonismus (dazu unten Rn. 214 und 244 f.) zeigen jedoch, daß jedenfalls die alten Auffassungen reinen Nachfragerschutzes in einer Dienstleistungsgesellschaft und in der digitalen Welt nicht mehr funktionieren.

Diese begriffliche Grundentscheidung ändert freilich nichts daran, daß **typisierte Risikolagen** zwischen Verbrauchern und Unternehmern letztere regelmäßig auf 187 der Anbieter- und erstere auf der Nachfragerseite sehen. Dementsprechend finden sich im BGB zahlreiche Schutzsituationen, welche nur für einen Leistungen des Unternehmers nachfragenden Verbraucher infrage kommen:

Sämtliche verbraucherschützenden Regeln bei besonderen Vertragstypen beruhen etwa auf einer **Nachfragerrolle des Verbrauchers**. Das gilt etwa für 188 den Verbrauchsgüterkauf, §§ 474 ff. BGB, das Verbraucherdarlehen, §§ 491 ff. BGB oder auch die Teilzeit-Wohnrechteverträge, §§ 481 ff. BGB.

Kein Verbraucherdarlehen ist daher der – zu Anlagezwecken getätigte – Kredit zugunsten eines Unternehmens und zwar gleichgültig, ob es sich um eine Einlage im bankrechtlichen Sinne (§ 1 I 1 Nr. 1 KWG) oder ein Darlehen im engeren Sinne handelt.

Ebenso finden die Regeln über Nebenentgelte in §§ 312a III-VI BGB nur Anwendung, wenn der Verbraucher (zusätzliche) Zahlungen leisten soll, also eine Gegenleistung in Geld erbringt. Bei Fernabsatzverträgen iSv § 312c I BGB ergibt sich die Festlegung des Verbrauchers auf die Nachfragerseite mittelbar dadurch, daß der Unternehmer Anbieter sein muß und der Vertrag „im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems“ geschlossen wird. Über ein solches System, das gerade Kennzeichen der gewerblichen Tätigkeit des Unternehmers ist, verfügt der privat handelnde Verbraucher naturgemäß nicht.

Nicht gleichermaßen eindeutig ist aus verschiedenen Gründen, die Begrenzung von § 312 I BGB auf entgeltliche Verträge. Zwar steckt in dieser Vorschrift die Vorstellung, es sei auf jeden Fall ein Nachfrager, der einen Preis zahlt. Der Wortlaut ist insoweit aber nicht zwingend, weil eine „entgeltliche Leistung des Unternehmers“ auch eine Zahlung sein kann, für die er eine Sach- oder Dienstleistung erhält. Vor allem aber ist das – in der Verbraucherrechtlinie nicht vorgesehene – Entgeltlichkeitserfordernis in § 312 I BGB offensichtlich europarechtswidrig und kann schon aus diesem Grunde keine systemprägenden Wirkungen entfalten.

Das BGB verfügt freilich auch über **zahlreiche offene Regelungen**, bei welchen
189 der **Verbraucher auch in der Anbieterrolle** auftreten kann. Das gilt insbesondere für das AGB-Recht, daß in § 310 III BGB keine Begrenzung auf nachfragende Verbraucher erkennen läßt.

Soweit private Stromeinspeiser etwa nicht-gewerblich tätig sind, unterliegen die Verträge mit Netzbetreiber und Abnehmer – soweit das EEG 2014 Spielräume beläßt – der erweiterten verbraucherschützenden AGB-Kontrolle. Dasselbe gilt für Fälle privater Verkäufe an professionelle Anbieter auf Internetplattformen.

Auch die allgemeinen Offenlegungs- und Informationspflichten nach § 312a I, II BGB (iVm Art. 246 EGBGB) oder auch die Regelungen zu den Hotline-Entgelten in § 312a V und VI gelten auch dann, wenn der Verbraucher Sachleistungen anbietet.

Auch die Situation der **Außergeschäftsraumverträge** nach § 312b BGB ist
190 **nicht auf nachfragende Verbraucher beschränkt**. Maßgebend ist allein der Vertragsschluß in der durch die Vorschrift beschriebenen Druck- und Überrumpelungssituation. Auch wenn § 312b BGB im Kern auf besondere Vertriebsmethoden zugeschnitten ist, ist doch der Tatbestand nicht auf diese beschränkt.

Erfaßt ist damit etwa auch die Situation des an der Haustür von einem professionellen Sammler „abgeschwatzten“ Fahrrads. Generell lassen sich Verträge mit Entsorgungsunternehmen dann hier einordnen, wenn eine Abfallwidmung vor der besonderen Vertragsschlußsituation nicht erfolgt ist.

Besondere Beachtung hat die Frage nach der Nachfrageorientierung des
191 Verbraucherbegriffs im Rahmen der Diskussion um die Ausweitung des Begriffs auf nicht-selbständig Beschäftigte – also **Arbeitnehmer** – gefunden. Auf dem Arbeitsmarkt ist der Verbraucherarbeitnehmer – mag er auch mehr aus mancher Perspektive dem Konsum und nicht der Produktion zuzuordnen sein – nicht Nachfrager nach Arbeitsplätzen, sondern Anbieter seiner Arbeitskraft. Die bewußte Ausweitung des Verbraucherbegriffs des § 13 BGB auf Arbeitnehmer – sowohl im Verhältnis zum Arbeitgeber als auch bei Handlungen zum Zwecke der Unterstützung der eigenen Arbeitsleistung – belegt noch einmal das Grundverständnis der Unabhängigkeit des Verbraucherbegriffs von der Einordnung als Nachfrager oder Anbieter.

4. Darlegungs- und Beweislast

Die **negative Formulierung** des Privatheitserfordernisses in § 13 BGB wirft die Frage auf, inwieweit sich daraus **Konsequenzen für die Darlegungs- und Beweislast** ergeben. Nach überwiegender Auffassung soll § 13 BGB beweisrechtlich neutral in dem Sinne sein, daß die Vorschrift vom allgemeinen Grundsatz nicht abweicht, daß jeder der die ihm günstigen Tatsachen vorzutragen und zu beweisen hat – regelmäßig also der Verbraucher auch den privaten Zweck seines Handelns. Teilweise wird im Schrifttum aber auch die Auffassung vertreten, daß sich aus der negativen Formulierung der Vorschrift generell ergebe, daß bei einer natürlichen Person das Gesetz grundsätzlich vom Vorliegen privater Handlungszwecke ausgehe, so daß das Fehlen solcher privaten Zwecke die günstige Tatsache sei, die der jeweils Betroffene – regelmäßig also der Unternehmer – vorzutragen und ggfls. zu beweisen habe. 192

Diese Frage ist nicht nur für die eigentliche Beweislastentscheidung im Falle eines *non liquet* von Bedeutung, sie stellt sich vielmehr immer schon dann, wenn es auf den Sachvortrag der Parteien ankommt. Eine wesentliche Sachfrage ist, ob es für einen schlüssigen Klagevortrag – insbesondere im Hinblick auf ein **Versäumnisurteil** zu Lasten eines beklagten Unternehmers nach § 331 ZPO – ausreicht, daß der klagende Verbraucher vorträgt, natürliche Person zu sein und der beklagte Unternehmer dann die Privatheit bestreiten müßte, und ob dies ggf. durch eine Erklärung mit Nichtwissen i.S.v. § 138 IV ZPO erfolgen kann. 193 Unionsrechtlich ist jedenfalls vorgegeben, daß sich der Verbraucher nicht ausdrücklich oder gar förmlich auf seine Verbrauchereigenschaft berufen müssen darf. Vielmehr hat ein hinreichender Sachvortrag zur Privatheit des Handelns auszureichen, um eine entsprechende Rechtsprüfung oder Rückfragen des Richters auszulösen.¹⁷⁹

Eine Sachfrage sowohl der Darlegungs- als auch der Beweislast ist die Behandlung des Kriteriums „überwiegend“ im Blick auf die private Zwecksetzung (s. u. Rn. 209 ff.): Wie genau müssen die Parteien hier zum Maß der unterschiedlichen Zwecksetzungen vortragen und was geschieht im Fall, in dem sich die genauen Maße der objektiven Zwecksetzung des Handelns der natürlichen Personen schließlich nicht aufklären lassen? Darauf wird unten noch einzugehen sein.

¹⁷⁹ EuGH, C-479/13, 4.6.2015 – *Froukje Faber / Autobedrijf Hazet Ochten* (für die VerbrauchsgüterkaufRL 1999/44/EG. Vgl. zum Brüssel I-Regime EuGH, C-464/01, 20.1.2005 – *Johann Gruber / Bay Wa AG*).

194 Richtigerweise ist hier zwischen den Vortragslasten der Parteien und der Antwort auf die Frage nach den Folgen des *non liquet* zu unterscheiden. Die negative Formulierung des Erfordernisses privater Zwecksetzung bleibt nämlich insbesondere hinsichtlich der **Darlegungslast** nicht ohne Konsequenzen: Für einen schlüssigen (oder ggf. erheblichen) Sachvortrag des Verbrauchers ist es nämlich im Ausgangspunkt nicht erforderlich, daß die Abwesenheit nicht-privater Zwecke ausdrücklich vorgetragen wird. Darin liegt – abgesehen vom Fall des Versäumnisurteils – auch keine ernste Belastung des Unternehmers, weil dieser die fehlende Verbrauchereigenschaft hinsichtlich der Zwecksetzung **mit Nichtwissen** i.S.v. § 138 IV ZPO **bestreiten** kann, was den anderen Teil wiederum zu einem substantiellen Vortrag hinsichtlich der eigenen Zwecke des Handelns zwingt.

195 Diese geschachtelte Darlegungslast läßt die recht pauschalen Äußerungen zur Neutralität der negativen Formulierung in § 13 BGB in anderem Licht erscheinen. Die herrschende Auffassung ist also etwas zu korrigieren. Sie bleibt aber insoweit zutreffend, als im Falle streitigen (substantiierten) Sachvortrags zu den Zwecksetzungen die **Beweislast** hinsichtlich dieser Zwecksetzung grundsätzlich **beim Verbraucher** liegt. Allerdings wird dieser nur in schwierigen Grenzfällen Gefahr laufen, diesen Beweis nicht führen zu können, wenn tatsächlich eine private Zwecksetzung Auslöser für seine Handlungen ist.

Zur Sonderfrage gemischter Zwecksetzung s. nochmals u. Rn. 209 ff. Insgesamt ist freilich zu beachten, daß der – überwiegend zur Entscheidung dieser Fragen berufene – Europäische Gerichtshof zu Fragen der Darlegungs- und Beweislast beim Verbraucherbegriff bislang nicht entschieden hat. Auch deutsche höchstgerichtliche Entscheidungen fehlen.

196 Einen Sonderfall betrifft schließlich die Frage nach dem Verhältnis der grundsätzlichen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Rahmen von § 13 BGB zur **Vermutung für das Handelsgeschäft nach § 344 I HGB**. Sie hat praktische Bedeutung nur für den Einzelkaufmann, weil nur bei diesem ein Konflikt mit der Vermutungsregel möglich ist. Ist in diesen Konstellationen die Zuordnung des Geschäfts zur Rolle der betreffenden Personen als Kaufmann oder als Verbraucher unklar, führt die Anwendung der Vermutung zur Einordnung als nicht-privates Geschäft und damit zum Ausscheiden der Verbrauchereigenschaft.¹⁸⁰ Für die Verteilung der Beweislast im engeren Sinne ändert sich damit freilich für den Regelfall nichts, weil der Verbraucher die

¹⁸⁰ Insoweit kommt es – entgegen *Canaris*, Handelsrecht (24. Aufl.), § 21 Rn. 15. – ganz regelmäßig zu einer Kollision beider Zuordnungsregeln.

Privatheit seines Geschäfts bereits nach den Regeln des § 13 BGB gegebenenfalls zu beweisen hat.

Anders steht es freilich mit der Vortragslast, weil die materiellen Wirkungen der Vermutung des § 344 I HGB diese verschieben. Auswirkungen hat dies für den wichtigen Fall des Versäumnisurteils jedoch nur dann, wenn sich aus dem Vortrag des klagenden Verbrauchers zugleich seine Kaufmannseigenschaft ergibt, was selten der Fall sein wird. Ob dies mit den unionsrechtlichen Vorgaben für den Verbraucherbegriff konform geht, ist freilich ungeklärt.

Hingegen kollidiert die unwiderlegliche Vermutung nach § 344 II HGB für von einem Kaufmann gezeichneten Schuldschein unmittelbar mit der Beweislastverteilung im Rahmen von § 13 BGB. Soweit nur autonomes deutsches Recht in Rede steht, kann sich der Schuldscheine zeichnende Einzelkaufmann daher auf verbraucherschützende Bestimmungen nicht berufen, soweit sich die Nichtzugehörigkeit zum Betrieb seines Handelsgewerbes nicht bereits aus der Urkunde des Schuldscheins selbst ergibt. Ob diese autonome innerstaatliche Lösung – jenseits aller rechtspolitischen Bedenken – unionsrechtskonform ist, darf bezweifelt werden.

III. Grenzfälle der privaten Zweckbestimmung

Rechtsprechung und Schrifttum behandeln zum Verbraucherbegriff eine ganze Reihe von Grenzfällen, für die es jeweils sehr **verschiedene Gründe** gibt. 197 Teilweise geht es ausgehend von der Objektivität des Verbraucherbegriffs um die Behandlung der gewollten oder ungewollten Verschleierung der Privatheit oder Professionalität des Zwecks des handelnden. Eine weitere Gruppe betrifft unternehmerische Tätigkeiten zu privaten Zwecken und damit den Übergang von der privaten zur professionellen Zwecksetzung. Ferner geht es um echte Mischfälle, in welchen das Handeln sowohl privaten als auch unternehmerischen Zwecken dient. Um einen Mischfall handelt es sich – möglicherweise – auch dort, wo der Verbraucher seinerseits produktiv wird und seine co-kreierenden Akte die Gegensätze zwischen den Parteien wie auch ihre Verantwortungssphären aufweichen. Einen wesentlichen Sonderfall in diesem Kontext betrifft schließlich die durch die Neufassung von § 13 BGB im Jahre 2002 bewußt herbeigeführte Aufnahme von Arbeitnehmern in den Verbraucherbegriff.

1. Scheinverbraucher und Scheinunternehmer

Umstritten ist die richtige Behandlung des **Scheinunternehmers**, also eines Verbrauchers, der gegenüber dem Unternehmer als Unternehmer auftritt. Motiv 198 für ein solches Auftreten können etwa Rabatte für Firmenkunden sein.

Ein Fall eines Scheinunternehmers ist etwa der Einkauf eines Verbrauchers im Großmarkt, in dem Kunden nur unter Einsatz einer bestimmten Legitimationskarte einkaufen können, welche Sie als Unternehmer ausweist.

Ausgangspunkt des Sachproblems ist die **Objektivität des**
199 Verbraucherbegriffs. § 13 BGB trifft die Entscheidung über die Verbrauchereigenschaft unabhängig von den Erklärungen der betreffenden Partei nach der („objektiven“) Zwecksetzung des Geschäfts. Zugleich ist die Stellung als Verbraucher unverzichtbar, so daß eine Berücksichtigung des widersprüchlichen Verbraucherverhaltens über eine **Verzichtsabrede ausscheidet.** Der Streit um die Behandlung des Scheinunternehmers handelt davon, ob und gegebenenfalls wie das Verbraucherverhalten gleichwohl zu dessen Nachteil zu berücksichtigen ist.

Einzelne Entscheidungen und mehrere ältere Stellungnahmen im Schrifttum
200 plädieren dafür, den sich **bewußt als Unternehmer gerierenden Verbraucher** als Unternehmer zu behandeln,¹⁸¹ und stellen damit die Unabdingbarkeit der Verbrauchereigenschaft generell in Frage. Die extreme Gegenauffassung verweist auf die Objektivität und die Unverzichtbarkeit der Verbrauchereigenschaft und will dementsprechend das widersprüchliche Verbraucherverhalten nicht berücksichtigen.

Überwiegend werden in Schrifttum und Entscheidungspraxis hingegen
201 Mittelwege gesucht. Das gilt zunächst für die Auffassung *Herresthals*, wonach der Verbraucher dann als Unternehmer zu behandeln sei, wenn es tatsächlich ein **Unternehmen** gebe, **auf das sich die Handlungen** des (objektiven) Verbrauchers **beziehen** könnten.¹⁸² Über die Europarechtskonformität dieser Auffassung ist freilich bislang nicht entschieden; insbesondere im Hinblick auf das unionsrechtliche Rechtsmißbrauchsverbot¹⁸³ lassen sich aber durchaus argumentative Wege zur Stützung dieses Ansatzes durch den Europäischen Gerichtshof vorstellen.

¹⁸¹ BGH NJW 2005, 1045 f.; Köhler/Bornkamm/Köhler § 2 UWG Rn. 170 (wobei dies für das UWG außerhalb von § 7 UWG wegen der regelmäßigen Anknüpfung an die überindividuelle Situation selten eine Rolle spielen wird).

¹⁸² *Herresthal*, Scheinunternehmer und Scheinverbraucher im BGB, JZ 2006, 695 ff.

¹⁸³ Dazu *Schmidt-Kessel*, Rechtsmißbrauch im Gemeinschaftsprivatrecht: Folgerungen aus den Rechtssachen Kefalas und und Diamantis, in: Jud/Bachner/Bollenberger (Hrsg.): Prinzipien des Privatrechts und Rechtsvereinheitlichung, Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler; 2000, Stuttgart 2001, 61 ff.

Ein praktisches Beispiel ist die Bestellung (und ggf. auch umsatzsteuerliche Abrechnung) von für den Privatgebrauch bestimmten Schreibwaren unter Anwaltsbriefkopf.

In Betracht käme ferner eine Haftung des Scheinunternehmers aus *culpa in contrahendo*, die auf einen **Ausgleich des negativen Interesses** beschränkt 202 wäre. Dies würde – ähnlich wie die Außentheorie beim Rechtsmißbrauchsverbot – zur grundsätzlichen Gewährung der Verbraucherrechte bei gleichzeitiger Beschränkung durch gegenläufige Schadensersatzansprüche führen. Auch hierzu fehlt es freilich an höchstrichterlicher Rechtsprechung.

Ungeklärt ist ferner die Frage, ob ein Verbraucher, der so tut als sei er Unternehmer, auch im Sinne von § 263 StGB über wesentliche Umstände des Geschäfts täuscht, weil er an Mehr an Rechtsposition bekommt, als nach außen sichtbar ist.

In den umgekehrten Fällen des **Scheinverbrauchers** ist die Lösung insoweit einfacher, als weder die Objektivität des Verbraucherbegriffs noch dessen 203 Zwingendstellung den Kreis der Lösungsmöglichkeiten einschränken. Ausgangspunkt ist zwar jeweils die objektive Einordnung als Nichtverbraucher. Jedoch sind die Parteien frei, die Anwendbarkeit verbraucherschützender Regeln auch zugunsten eines Unternehmers zu vereinbaren, soweit dies nicht einen möglichen Schutz des anderen Vertragspartners unzulässig beeinträchtigt. Allein durch die Täuschung über die Verbrauchereigenschaft kommt eine solche Vereinbarung jedoch nicht zustande, sodaß sie nichts an der Unanwendbarkeit von § 13 BGB ändert.

Allerdings wird in einer solchen Täuschung gegebenenfalls nicht nur ein Anfechtungsgrund nach § 123 BGB – gegebenenfalls auch mit Relevanz für § 263 StGB – zu sehen sein, sondern durch die Verdeckung unternehmerischen Handelns zugleich eine unlautere geschäftliche Handlung im Sinne von §§ 5a VI, 5 I 2 Nr. 3, sowie Nr. 23 des Anhangs zu § 3 III UWG liegen¹⁸⁴. Bietet also ein Unternehmer Fahrzeuge durch Anzeigen in einer Weise an, daß Interessenten davon ausgehen müssen, es handele sich um einen Privatverkauf, ändert dies nicht nur nichts an der Unternehmereigenschaft, sondern ist auch noch unlauter im Sinne der genannten Vorschriften. Für Testkäufe, welche etwa durch Verbraucherorganisationen organisiert werden, bereitet diese Rechtslage nicht unerhebliche Schwierigkeiten.

Käufe durch einen **Verbraucher als Strohmann** sind letztlich nach derselben Regel zu behandeln: Maßgebend ist insoweit auch bei der mittelbaren Stellvertretung richtigerweise die Verbrauchereigenschaft des Hintermannes oder deren Fehlen (dazu noch unten Rn. 248). Auf etwa private Motive eines vorgeschobenen „Verbrauchers“ kommt es nicht an. Das Geschäft ist objektiv kein Verbrauchergeschäft und zwar auch nicht soweit der als Strohmann

¹⁸⁴ Zutreffend BeckOGK/Alexander § 13 Rn. 323.1 (auch zum nachfolgenden Beispiel).

auftretende Verbraucher selbst daraus gebunden wird, was regelmäßig der Fall sein wird. Den unternehmerischen Zweck des Gesamtvorgangs muß er sich zurechnen lassen.

2. Unternehmerische Tätigkeit zu privaten Zwecken?

204 Daß eine unternehmerische Tätigkeit zu privaten Zwecken erfolgen könnte, erscheint auf den ersten Blick als ein **Widerspruch in sich**. Gleichwohl finden sich in zumindest drei Bereichen Grenzfälle, in welchen es – zumindest teilweise – zur Anwendung von Verbraucherrecht kommt. Das ist auch deshalb bemerkenswert, weil zumindest aus der Sicht älteren Gegenmachtdenkens der sich an Unternehmen beteiligende oder für Unternehmen agierende Privatmann auf der „anderen Seite“, der des Kapitals, befindet und es damit an einer Schutzwürdigkeit fehlt. Das hat freilich weder den Gesetzgeber, noch Judikatur und Schrifttum daran gehindert, in mehreren Fällen Verbraucherrecht auf Handeln zu unternehmerischen Zwecken im weitesten Sinne anzuwenden.

a) Grenzen des Verbraucherrechts bei der Vermögensanlage

205 Der aus der letztgenannten Perspektive kritischste Fall ist die **Beteiligung eines Privatmanns an einem Unternehmen**. Für den Verbraucherbegriff des § 13 BGB kommt es nun darauf an, ob diese Beteiligung **zu privaten oder unternehmerischen Zwecken** erfolgt. Die Übernahme eines Anteils an einer Personengesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter als unternehmerischer Auftakt zu weiterer Tätigkeit ist hier anders zu behandeln als eine Kapitalbeteiligung im Sinne der Geldanlage. In der Logik des § 13 BGB ist letztere nämlich – grundsätzlich – kein unternehmerischer Akt, sondern Handeln als Privatmann. Ohne daß sich immer eine sichere Abgrenzung nach der Rechtsform der Beteiligung treffen ließe, bleibt es also auch für Beteiligungsentscheidungen bei der allgemeinen Grenzziehung des § 13 BGB.¹⁸⁵

¹⁸⁵ In diesem Sinne auch *Armbrüster*, Kapitalanleger als Verbraucher? Zur Reichweite des Europäischen Verbraucherschutzes, ZIP 2006, 406 ff.

Dagegen läßt sich nicht einwenden, daß der Anleger nichts verbrauche.¹⁸⁶ Der Verbraucher im Sinne von § 13 BGB ist nämlich gerade nicht auf Konsumsituationen beschränkt (s.o. Rn. 186 ff.).

Der reine Kapitalanleger, der im Übrigen nicht an unternehmerischen Entscheidungen jenseits der Haupt- und Gesellschafterversammlung 206 vorbehaltenen beteiligt ist, ist daher Verbraucher.¹⁸⁷ Dagegen sprechen weder die Gewinnerzielungsabsicht des Anlegers, noch die Besonderheiten der Anlegerentscheidungen. Erst wenn die private Vermögensverwaltung Umfang und Organisationsgrad eines planmäßigen Geschäftsbetriebs erlangt, endet die private Zweckbestimmung und damit die Anwendbarkeit von § 13 BGB.¹⁸⁸ Dafür genügt nicht schon, daß der Anleger von den Erträgen seiner Geldanlagen lebt.

Anlageentscheidungen eines Familienunternehmers werden daher selten einmal verbraucherrechtlich einzuordnen sein. Anders steht es aber mit der in Anlageentscheidungen – schlecht – beratenden Unternehmenserin (etwa im Fall Arcandor/Quelle), für die eine Qualifikation als Verbraucherin durchaus in Frage kommt.

b) Personalsicherheiten durch die Unternehmensleitung oder Inhaber

Deutlich umstrittener ist die Einordnung von Geschäften durch Mitglieder der Unternehmensleitung respective den Inhaber in eigenem Namen, welche sich 207 mittelbar auf die Geschäftstätigkeit des Unternehmens beziehen. Praktisch wichtigster Fall ist die Bestellung einer **Personalsicherheit des Gesellschaftergeschäftsführers** der GmbH zugunsten der Gesellschaft, die nach der ständigen Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt, regelmäßig letzteres darstellen wird. Der Bundesgerichtshof wendet insoweit Verbraucherkreditrecht an¹⁸⁹ und trennt so beide Funktionen voneinander. Im Schrifttum wird dies verbreitet kritisch gesehen.¹⁹⁰

Dabei geht es bei den praktischen Fällen in aller Regel nicht um größere Unternehmen, sondern um kleine GmbHs mit verhältnismäßig dünner Kapitaldecke. Letztlich agiert das betreffende Organmitglied daher letztlich unternehmerisch, weil funktional durch die Interzession lediglich

¹⁸⁶ In diesem Sinne etwa *Wagner*, NZG 2000, 169, 171.

¹⁸⁷ Heute allgemeine Auffassung, etwa *Assmann/Schütze/Edelmann*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl., München 2015, § 2 Rn. 14f; *MüKo-BGB/Micklitz/Purnhagen* § 13 Rn. 10.

¹⁸⁸ BGH NJW 2002, 368.

¹⁸⁹ BGHZ 165, 43, 47 ff.

¹⁹⁰ Etwa *Bülow*, Verbraucherkreditrichtlinie, Verbraucherbegriff und Bürgschaft, ZIP 1999, 1613, 1615f; *Soergel/Pfeiffer* § 13 Rn. 40.

eine Ausnahme von der Haftungsbeschränkung der GmbH begründet wird. Insofern ist die Haltung des Bundesgerichtshofs¹⁹¹ nicht frei von Zweifeln, weil sie die tatsächliche Zwecksetzung des Geschäfts nicht abbildet.

c) Existenzgründer

208 Eine Sonderstellung nehmen schließlich Existenzgründer ein: Der Akt der Unternehmensgründung ist nach ganz herrschender Auffassung bereits unternehmerisch, sodaß Existenzgründer mit ihren Gründungsgeschäften grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich von § 13 BGB fallen. Dementsprechend findet das Verbrauchervertragsrecht, insbesondere der §§ 310 III, 312 ff. BGB, auf diese keine Anwendung. Anders steht es jedoch ausweislich **§ 512 BGB** mit der **Anwendbarkeit des Verbraucherkreditrechts auf Existenzgründer**. Hier wird die Anwendbarkeit ausdrücklich angeordnet. Sie erfaßt über den Wortlaut von § 512 BGB hinaus nicht nur die §§ 491 ff. BGB, sondern auch §§ 358 f. BGB.

Diese Regelungstechnik ist positiv hervorzuheben. Sie schafft doppelte Klarheit: Einerseits wird indirekt klargestellt, daß Geschäfte zur Gründung einer selbständigen Existenz keine Verbrauchergeschäfte sind. Andererseits wird der Anwendungsbereich einzelner Bestimmungen gezielt erweitert. Gerade im Vergleich zur Erweiterung des Verbraucherbegriffs um Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis (s.u. Rn. 217 ff.) stellt die gezielte Ausweitung für besondere Risikosituationen eine wichtige Regelungsalternative dar.

3. Handeln zu gemischten Zwecken

209 Tatsächlich wie rechtlich besondere Schwierigkeiten behandeln Mischfälle, und zwar insbesondere solche, bei denen eine Seite **sowohl zu privaten als auch zu unternehmerischen Zwecken** handelt. Für diese Fälle ist zu unterscheiden:

210 Läßt sich der Vertrag in ein Verbraucher- und ein Unternehmerngeschäft aufteilen, ist das **Geschäft** also **teilbar**, ist richtigerweise auch die Anwendbarkeit des Verbraucherrechts auf den zu privaten Zwecken abgeschlossenen Teil beschränkt. Wie immer bei derartigen Vertragsmischungen ist damit aber nur ein – wenn auch größerer – Teil der Probleme gelöst.

¹⁹¹ Siehe auch die früheren Entscheidungen BGHZ 133, 71, 77 f.; BGHZ 133, 222, 223 sowie BGHZ 144, 370.

Lösbar sind insbesondere Zuschnitte von Informationen aufgrund verbraucherschützender Informationspflichten. Diese müssen im Hinblick auf die Mitteilung der wesentlichen Vertragsgegenstände auch die Teilung mit in den Blick nehmen.

Freilich bleibt die **Vertragsaufhebung** hinsichtlich ihrer Wirkungen die Achillesferse dieser Teilungslösung. Widerruft nämlich der Verbraucher den privaten Teil wirksam oder hebt er den Vertrag etwa wegen mangelhafter Qualität auf, ohne daß zugleich der unternehmerische Vertragsteil wirksam aufgehoben wird, stellt sich die Frage nach dessen Fortbestand. Maßgebende Grundwertung ist in diesem Fall diejenige des § 139 BGB. Auch für Mischungen dieser Art gilt, daß die Teilaufhebung im Zweifel den Vertrag insgesamt zu Fall bringt. 211

Schwieriger ist die Situation im **Regelfall der Unteilbarkeit**. Hier war die Lösung lange Zeit sehr streitig. Wichtige Teile des Schrifttums vertraten die Auffassung, jeder gewerbliche Einschlag schade und führe zur Unanwendbarkeit des Verbraucherrechts insgesamt (insbesondere *Jauernig* und *Ulmer*). Die wohl überwiegende Auffassung hielt hingegen eine bloß untergeordnete unternehmerische Zwecksetzung für unschädlich. 212

Die durch § 13 BGB vorgenommene Typisierung sprach meines Erachtens jedoch entscheidend für die strengere Mindermeinung: Die Anknüpfung an eine unternehmerische Entscheidung respective an deren Fehlen spricht – nunmehr eben rechtspolitisch – sowohl unter dem Gesichtspunkt typisierter Erfahrung als auch unter dem Gesichtspunkt typisierter Entscheidungsbedingungen gegen die Annahme eines Verbrauchergeschäfts. Bloß weil auch private Zwecke verfolgt werden, wird keine Schutzbedürftigkeit oder -würdigkeit begründet.

Der **Gesetzgeber** hat mit der Neufassung von § 13 BGB im Jahre 2014 den Streit dahingehend **entschieden**, daß der **Gesamtvertrag überwiegend** nicht-unternehmerischen Zwecken dienen muß und ist damit in der Grundlinie der bislang herrschenden Meinung gefolgt.

Fraglich ist allerdings, wie die Füllung beider Waagschalen richtig zu bestimmen und wie diese Füllungen ins Verhältnis zueinander zu setzen sind. Geht es bei der **Bestimmung des überwiegenden Zwecks** um ein Überwiegen hinsichtlich des Werts der Leistung oder gegebenenfalls der Gegenleistung? Geht es um etwaige Gebrauchsanteile? Die möglichen Kriterien einer Konkretisierung bleiben trotz der Formel im Dunklen. 213

Erwirbt eine Person privat einen Computer zu grundsätzlich privaten Zwecken, übt aber zugleich eine selbständige schriftstellerische Tätigkeit aus, die ebenfalls über den Computer abgewickelt wird, stellt sich die aufgeworfene Frage in ganzer Schärfe: Der Wert beider Nutzungszwecke läßt sich kaum bestimmen. Bei einer Anknüpfung an den Wert der Nutzungen hinge das auf den Vertrag anwendbare Recht teilweise vom wirtschaftlichen Erfolg der schriftstellerischen Tätigkeit ab, was für den Unternehmer nicht erkennbar und auch kaum zumutbar ist.

Im Fall einer mehrfach genutzten Solaranlage – Eigenstromerzeugung und -einspeisung – erscheint eine Differenzierung nach Nutzungszeiten oder nach Strommengen hingegen durchaus durchführbar. Allerdings wird hier der Anteil der Einspeisung regelmäßig ohnehin schon außerordentlich hoch sein müssen, um dem Ganzen überhaupt ein unternehmerisches Gepräge zu geben.

4. Produktives Verbraucherhandeln und Co-Creation?

214 Daß die einstmals ideologisch-schroffen **Gegensätze zwischen Verbraucher und Unternehmer aufgeweicht** werden, zeigt sich auch an weiteren Phänomenen, die sich in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften unter Termini wie Prosument, Prosumer oder Prodsumer etabliert haben:¹⁹² Diese Begriffe bezeichnen Personen, welche zugleich Konsument und (Mit-)Hersteller der Leistung sind. Für die Betriebswirtschaftslehre wird eher prozeßorientiert von der Co-creation gesprochen, wobei diese Prozeßorientierung auch die weitere Ablösung von den überkommenen Rollenmodellen fördert.

Als aktuelles Beispiel solcher Vermischungen der Rollen werden derzeit etwa Qualitäten von Events wie Public Viewing diskutiert. Diese werden zum Erlebnis erst durch das Gemeinschaftserlebnis, so daß die Mitwirkung der einzelnen Teilnehmer Voraussetzung des Gelingens der Leistung ist.¹⁹³ Andere Beispiele sind etwa User-Generated-Content oder die Doppelrolle von Stromabnehmer und Stromlieferant insbesondere bei Haushaltskunden mit eigener Photovoltaik.

Während Kooperationsobliegenheiten und -pflichten des Leistungsgläubigers bereits seit der Antike die schuldrechtliche Erfassung von Vorformen dieser Gestaltungen gestatten,¹⁹⁴ verfügt das Verbraucherrecht bislang hierzu über kaum Antworten, weil es weitgehend gerade aus dem Gegensatz Verbraucher-Unternehmer heraus erst verständlich wird.

215 Einen **Sonderfall** dieser Konstellation ergibt sich dort, wo der zu privaten Zwecken erfolgende kreative Einsatz des Verbrauchers **über den einzelnen Vorgang hinaus Wirkungen** entfaltet. Dazu kann es insbesondere dann kommen, wenn der Unternehmer den kreativen Beitrag der mitwirkenden natürlichen Person über den Einzelfall hinaus nutzt oder nutzen kann. In diesem Fall werden aus dem kreativen Beitrag häufig **gesonderte immaterielle**

¹⁹² Siehe zum Ursprung dieser Begriffe bereits *Toffler, The third wave*, New York 1980 (deutsche Übersetzung: *Die dritte Welle, Zukunftschance. Perspektiven für die Gesellschaft des 21. Jahrhunderts*, München 1983).

¹⁹³ Die juristische Qualitätsbewertung steckt hier freilich noch in den Kinderschuhen.

¹⁹⁴ Vgl. nur die §§ 293 ff., 642 ff. BGB.

Rechtspositionen, etwa Urheberrechte oder Geschmacksmuster, entstehen, deren Nutzung häufig auch Gegenstand der Abreden zwischen den Parteien ist.

Beispielsweise veranstalten große Fast-Food-Ketten regelmäßig Wettbewerbe, welche Kunden zu Eigenkreationen zu Produkten in Wettbewerben einladen (so genannte Burger-Battle). Dabei geschieht die Kreation häufig im Rahmen vorgefertigter Schablonen des Unternehmens (etwa durch einen sog. Burger-Konfigurator). Bei derartigen Wettbewerben läßt sich der Unternehmer etwaige, aufgrund der Kreation entstehende Schutzrechte „regelmäßig unentgeltlich, unwiderruflich sowie zeitlich, räumlich und inhaltlich uneingeschränkt“ übertragen.

In solchen Fällen stellt sich die Frage nach einem eigenen unternehmerischen Zweck der teilnehmenden Verbraucher, der im Potential zur **Verwertung etwa entstehender Nutzungsrechte** besteht. Bei einer solchen Verwertung handelt es sich um eine selbständige Tätigkeit, deren genaue Einordnung von der Art des Verwertungsrechts abhängt. Der Kunde wird hier aufgrund des höheren Schutzniveaus gleichwohl regelmäßig an der Einordnung seiner Rolle als Verbraucher interessiert sein. Das gilt insbesondere im Hinblick auf Rechteeinräumungen und deren Inhaltskontrolle, die bei Verbrauchern durchaus über die, etwa durch das Urheberrecht, gesetzten Grenzen hinausgehen können. 216

Im Ergebnis wird die Beantwortung der Frage nach der Verbrauchereigenschaft regelmäßig davon abhängen, welches Gewicht nach dem objektiven Gepräge des einzelnen Falles dem unternehmerischen Aspekt und welcher dem rein privaten zukommt. So werden professionelle Kreative häufig als Nichtverbraucher einzuordnen sein, während die schlichte Teilnahme etwa an einem ausgeschriebenen Wettbewerb im Vergleich zu geringen Chance des Entstehens eines wirtschaftlich relevanten Schutzrechts mit Ausnutzungs- und Verdienstmöglichkeiten deutlich überwiegen wird. Auch im Blick auf die Eigenleistungen bleibt der Kunde daher insoweit Verbraucher.

5. Arbeitnehmer als Verbraucher?

Seit 2002 trifft das BGB in § 13 die bewußte Grundentscheidung, daß **nur selbständige berufliche und gewerbliche Tätigkeiten die Verbrauchereigenschaft ausschließen**. 217

Beispiel: Ein angestellter Rechtsanwalt bestellt für sich die Zeitschrift NJW. Soweit er dies zur eigenen Fortbildung tut, bestellt er als Verbraucher. Soweit er jedoch neben seiner Anstellung publizistisch tätig wird, handelt er selbständig, soweit die NJW diesem Zweck dient.

a) Unselbständige Arbeit als privater Zweck

Ziel der Erweiterung der Definition war es, die unselbständige Arbeit als privaten
218 Zweck einzuordnen.

Das gilt etwa für Arbeitskleidung, Arbeitstaschen oder Arbeitsgerätschaften. Soweit diese Gegenstände nicht vom Arbeitgeber sondern vom Verbraucher erworben werden, kommen die Regeln des deutschen Verbraucherschutzes zur Anwendung. Das gilt selbst dann, wenn sie am Schluß im Wege des Aufwendungsersatzes der Arbeitgeber bezahlt.

Damit **weitete das deutsche Recht den Anwendungsbereich des**
219 **Verbraucherrechts** gegenüber dem EU-Recht **erheblich aus**, ohne daß dies im Blick auf dessen Vorgaben Bedenken begegnen würde; das gilt auch für vollharmonisierende Rechtsakte. Zwar fehlt in den europarechtlichen Definitionen das Wort „selbständig“, so daß das europäische Verbraucherrecht die unselbständige Tätigkeit zu Arbeitszwecken nicht dem privaten Verbraucherhandeln zurechnet. Die Erweiterung des Anwendungsbereichs des Umsetzungsrechts durch § 13 BGB betrifft jedoch den Anwendungsbereich der Richtlinien und nicht deren materiellen Regelungsgehalt; der Anwendungsbereich selbst wird aber von der Vollharmonisierung gerade nicht erfaßt, so daß die Richtlinien die Mitgliedstaaten nicht an einer insoweit überschießenden Umsetzung hindern.

Die engere europarechtliche Definition bleibt aber maßgebend, soweit unmittelbar anwendbare Verordnungen in Rede stehen. Dementsprechend gelten die besondere Kollisionsnorm in Art. 6 Rom I-VO sowie die besonderen Zuständigkeitsregeln nach Artt. 17-19 Brüssel Ia-VO nur für den durch den engeren Begriff des Unionsrechts beschriebenen engeren Personenkreis. Dasselbe gilt bei der grenzüberschreitenden Rechtsdurchsetzung nach der Verordnung (EG) Nr. 2004/2006 sowie das dazu ergangene Durchsetzungsgesetz, das EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz.

b) Verbraucherschutz im Arbeitsverhältnis

Nach ganz herrschender Meinung werden durch die Erweiterung des § 13 BGB
220 aber **auch Arbeitsverhältnisse** – sowie die diesen zugrundeliegenden Verträge – grundsätzlich **in den Anwendungsbereich des Verbraucherrechts einbezogen**. Für die Zwecke des Verbraucherrechts ist der Arbeitsvertrag ein Verbrauchervertrag.¹⁹⁵ Auch diese Erweiterung war vom historischen Gesetzgeber bezweckt. Dabei hat die Arbeitsgerichtsbarkeit zur Frage des

¹⁹⁵ BAG NJW 2005, 3305.

Ausmaßes der Anwendung des Verbraucherrechts auf Arbeitsverhältnisse durchaus differenzierende Lösungen entwickelt:

Die Erstreckung der **AGB-Kontrolle** auf Arbeitsverträge war dabei ein zentraler Zweck der Änderung, der auch durch eine entsprechende Änderung des AGB- 221 Rechts zusätzlich sichergestellt wurde.¹⁹⁶ Der heutige § 310 IV 2 BGB gibt den Gerichten nämlich auf, bei der Anwendung der AGB-Kontrolle auf Individualarbeitsverträge „die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen“. Zudem finden die § 305 II und III BGB auf Individualarbeitsverträge keine Anwendung. Durch die Gleichstellung von Tarifverträgen, Betriebs- und Dienstvereinbarungen¹⁹⁷ mit Rechtsvorschriften im Sinne von § 307 III BGB sind auch Verweisklauseln gegen die Inhaltskontrolle immunisiert.

Dementsprechend hat sich eine detaillierte Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen entwickelt,¹⁹⁸ die hier nicht nachgezeichnet werden kann, weil sie im Kern arbeitsrechtlich motiviert und orientiert ist.

Während die Erweiterung der AGB-Kontrolle zentraler Grund für die Veränderung von § 13 BGB war, war die **Anwendung anderer verbraucherschützender 222 Bestimmungen** nicht unbedingt geplant. Rechtsprechung und Schrifttum arbeiten hier vergleichsweise breit mit dem Mittel der **teleologischen Reduktion**. Praktisch wichtigster Fall war bis 2014 die Frage, ob **Vertragsschlüsse** zwischen Unternehmer und Arbeitnehmer **an dessen Arbeitsplatz** Haustürgeschäfte im Sinne des früheren § 312 BGB a.F. waren.

Dies hätte – neben Belehrungspflichten – die Widerruflichkeit entsprechender Vereinbarungen nach sich gezogen, womit insbesondere Aufhebungsverträge einem großen Rechtssicherheitsrisiko unterworfen worden wären. Die Rechtsprechung hat sich daher alsbald nach der Neufassung von § 13 BGB ausdrücklich gegen eine Anwendung des Haustürgeschäftsrechts entschieden.¹⁹⁹

Mit der Neufassung der Regeln über **Außergeschäftsraumverträge**, in denen die Haustürgeschäfte aufgegangen sind, dürfte sich die Frage nach der Anwendbarkeit der Regeln über diese besondere Vertriebsform durch die

¹⁹⁶ Vgl. den ebenfalls mit der Schuldrechtsreform reduzierten § 23 I AGBG a.F., der eine Anwendung der AGB-Kontrolle auf Arbeitsverträge ausdrücklich ausschloß. Der heutige § 310 IV 1 BGB enthält dieses Ausschluß nicht mehr.

¹⁹⁷ Es fehlen die Richtlinien nach dem Sprecherausschußgesetz. Dabei handelt es sich freilich um ein Redaktionsversehen, so daß die Richtlinien in § 310 IV 3 BGB hinein zu lesen sind.

¹⁹⁸ Ausgangspunkt ist BAG NJW 2005, 3305.

¹⁹⁹ BAG NJW 2004, 2401.

Wortlautänderungen erledigt haben. § 312b I BGB erwähnt den Vertragsschluß am Arbeitsplatz – anders als noch § 312 I Nr. 1 BGB a.F. für die Haustürgeschäfte – nicht mehr ausdrücklich. Im Gegenteil werden sämtliche Vertragsschlüsse in den Geschäftsräumen des Unternehmers – mit Ausnahme bestimmter Konstellationen überrumpelnder Anbahnung außerhalb der Geschäftsräume – aus dem Anwendungsbereich dieser Sonderregeln ausgeschlossen. Jedenfalls für den Vertragsschluß zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber am Arbeitsplatz und damit insbesondere für dort geschlossene Aufhebungsverträge kommt eine Anwendung der betreffenden Vorschriften nicht mehr in Betracht.

Ungeklärt ist freilich, ob der Überrumpelungsschutz für entsprechende Vertragsschlüsse außerhalb des Arbeitsplatzes bei vorliegender Voraussetzung von § 312b I BGB auch zugunsten des Arbeitnehmers eingreifen kann. Dies hängt auch davon ab, ob die Neufassung noch Raum für eine Anwendung auf Verbraucher läßt, die nicht auf der Nachfragerseite des zu schließenden Geschäftes stehen (siehe oben Rn. 190).

IV. Beschränkung auf natürliche Personen

223 Der Anwendungsbereich des Verbraucherrechts wird durch § 13 BGB auf natürliche Personen beschränkt. Juristische Personen fallen deshalb – grundsätzlich²⁰⁰ – nicht in den Anwendungsbereich. Das gilt auch für nicht unternehmerisch tätige juristische Personen wie typischerweise Kirchengemeinden oder kleine Idealvereine. Auch für Personenmehrheiten ist die Anwendung nicht in allen Einzelheiten gesichert. Wie für das Privatheitskriterium wird auch für diese Einschränkung selten die Frage nach der **rechtspolitischen Begründung** gestellt.²⁰¹ Sie besteht letztlich materiell in der Erwägung, daß **Entscheidungsstrukturen in juristischen Personen** – auch aufgrund der gesetzlichen Organisationsanforderungen – andere sind als bei natürlichen Personen, so daß sich der typisierende Ausschluß aus dem Anwendungsbereich des Verbraucherrechts anbietet. Die unzureichende faktische Ausgestaltung der Organisation, wie sie gerade bei manchen kleineren juristischen Personen vorkommt, ist hingegen einer Typisierung kaum zugänglich.

Damit treten der materiellen Überlegung Erwägungen der Regelungstechnik hinzu: Eine – auch für etwaige Analogiebildungen interessante – Typisierung innerhalb des Kreises juristischer

²⁰⁰ Die Beschränkung gilt uneingeschränkt freilich nur für den von § 13 BGB beherrschten Bereich. Für Spezialmaterien gelten teilweise abweichende Vorgaben.

²⁰¹ Andeutungsweise Bülow/Artz Rn. 74.

Personen ist nämlich bislang nicht gelungen. Sie müßte auch die Begründung eines Kriteriums ermöglichen, welches die Zuordnung von Handlungen juristischer Personen zu den Bereichen privater und unternehmerischer Handlungszwecke hinreichend leistet. Eine schlichte Einteilung nach Rechtsformen kommt insoweit nicht nahe genug an die Grenzen tatsächlicher Schutzwürdigkeit heran. Insbesondere wäre die Kategorie der Formkaufleute i.S.v. § 6 HGB allenfalls als Ausschlußkriterium geeignet, weil einerseits nicht gewerbliche Unternehmergeellschaften nicht erfaßt werden und andererseits auch Vereine und Stiftungen nicht selten einen Professionalisierungsgrad erreichen, welcher die Anwendbarkeit von Verbraucherrecht zu ihren Gunsten fragwürdig erscheinen ließe.

Auf der Ebene des **europäischen Primärrechts** ist die Lage hingegen richtigerweise anders. Entgegen zahlreichen Äußerungen im Schrifttum, die 224 freilich regelmäßig das Primärrecht im Sinne des Sekundärrechts interpretieren, erfassen die Verbraucherbegriffe der Artt. 12, 169 AEUV sowie von Art. 38 GRCh im Ausgangspunkt auch juristische Personen. Weder die Kompetenzen nach Art. 169 AEUV noch die Leitlinien in Art. 38 GRCh und Art. 12 AEUV sind auf natürliche Personen beschränkt.

1. Ausschuß juristischer Personen

Juristische Personen können sich ausweislich § 13 BGB nicht auf Verbraucherrecht berufen. Dieses schon durch den **Wortlaut der Vorschrift** 225 vorgegebene Ergebnis hat die Rechtsprechung allen gegenläufigen Versuchen zum Trotz immer wieder bestätigt.²⁰² Körperschaften des Privatrechts (insbesondere der eingetragene Verein, die AG und die GmbH) und des öffentlichen Rechts sowie Genossenschaften sind daher keine Verbraucher i.S.v. § 13 BGB. Dasselbe gilt für Stiftungen sowie Anstalten und öffentliche Sondervermögen.

Die Herausnahme gilt über den Wortlaut hinaus auch für **rechtsfähige Personengesellschaften** i.S.v. § 14 II BGB. Die oHG und die KG sind also nicht 226 verbraucherrechtsfähig. Dasselbe gilt für die PartG und die EWIV.

Deren Herausnahme ist unabhängig davon, ob die juristische Person im Rahmen ihrer typischen Geschäfte handelt oder ob sie branchenfremd agiert. Der Getränkeautomat für die Mitarbeiter von Unternehmen in Trägerschaft juristischer Personen begründet daher keine Verbrauchereigenschaft der juristischen Person.²⁰³

²⁰² EuGH, 22.11.2001, C-541/99 und C-542/99 – *Idealservice*; BGH VuR 2010, 228 (für einen Verbraucherverband).

²⁰³ EuGH, 22.11.2001, C-541/99 und C-542/99 – *Idealservice*.

Zur differenzierten Lage bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts s.u. Rn. 230 f.

Teilweise wird erwogen davon für die **Vermögensverwaltungs-oHG** nach § 105
227 II HGB im Hinblick auf deren nicht-unternehmerische Ausrichtung eine Ausnahme zu machen. Dem ist jedoch entgegen zu treten: Aufgrund des (konstitutiven) Eintragungserfordernisses wählt die Vermögensverwaltungsgesellschaft ihre Rechtsform selbst; sie ist zur Aufgabe der Vorteile der GbR nicht gezwungen. Durch die Eintragung wird sie zur rechtsfähigen Personengesellschaft. Es handelt sich mithin um einen der wenigen Fälle der **Optionalität der Verbrauchereigenschaft**.

Der Ausschluß gilt auch für Idealvereine und andere **juristische Personen des**
228 **Non-Profit-Bereichs**. Auch für sie gilt zum einen die vom Verbraucher als natürliche Person abweichende Entscheidungsarchitektur, welche sie – nach Auffassung des Gesetzgebers – so in die Nähe von Unternehmen rückt, daß sie nicht durch Verbraucherrecht geschützt werden. Zur Frage der Analogie s.u. Rn. 234 ff.

2. Behandlung von Personenmehrheiten

Auf der anderen Seite des Spektrums **schließt** die Verbindung verschiedener
229 Personen einer Seite des Vertrags zu einer **Personenmehrheit** deren Einordnung als **Verbraucher** nach § 13 BGB **nicht aus**. Soweit hierbei Verbraucher und Nichtverbraucher zu einer Personenmehrheit zusammengefaßt sind, ändert dies nichts an der Verbrauchereigenschaft der beteiligten Privatpersonen. Für den betroffenen Vertrag – und entsprechend in anderen Verbrauchersituationen – kommt es dadurch zu einer **Mischsituation**, welche derjenigen der Mehrfachzwecksetzung durch eine Person ähnlich ist. Hinsichtlich der rechtlichen Position der Beteiligten liegt hier freilich eine – rechtliche – Teilbarkeit der Verträge oder des einheitlichen Vertrages vor, so daß ggf. durch einen Vertrag sehr unterschiedliche Rechtspositionen begründet werden.

Für diese Fälle ist noch viel ungeklärt. Das gilt insbesondere für die Folgen einer Widerrufsbelehrung gegenüber dem Nicht-Verbraucher und die Folgen der Vertragsaufhebung qua Widerruf oder Rücktritt durch den Verbraucher für den Fortbestand des Vertragsteils mit dem Nichtverbraucher.

3. Verbraucher in Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist das **Bild uneinheitlich**. Das hat seine Ursache auch im gewandelten Verständnis der GbR mit Tendenz zur Rechtsfähigkeit. Gleichwohl gilt nach wie vor der **Grundsatz**, daß allein der Zusammenschluß von Verbrauchern in Gesellschaft bürgerlichen Rechts diesen die **Verbrauchereigenschaft nicht nimmt**.²⁰⁴ 230

Bei mehreren Verbrauchern in Gesellschaft bürgerlichen Rechts stellen sich dann auch weitere, bislang weitgehend ungeklärte Folgefragen: Wer ist zu belehren und zu informieren? Wer darf widerrufen und für wen wirkt der Widerruf?

Die **geänderten Grundauffassungen** zur rechtlichen Einordnung der Außen-GbR lassen die Subsumption der GbR unter § 13 BGB allerdings fraglich erscheinen.²⁰⁵ Allerdings hat die Änderung zur GbR gerade eine planwidrige Regelungslücke eröffnet, so daß die geschriebene Rechtslage die Möglichkeit einer **Analogie zu § 13 BGB** eröffnet. Der Verlust des Schutzes nach Maßgabe der Voraussetzungen der Annahme einer Außen-GbR durch Handeln in Gesellschaft bürgerlichen Rechts, zu dem es unterhalb der Schwellen des § 705 BGB nicht kommt, bleibt auch unter der neuen Perspektive auf die GbR im Hinblick auf die hinter § 13 BGB stehenden Regelungszwecke problematisch. Jedenfalls der Schutz der Gesellschafter ist daher im Wege der Analogie zu § 13 BGB aufrecht zu erhalten.²⁰⁶

Von diesem Grundsatz hat sich freilich eine Reihe von **Ausnahmen** entwickelt, die sich nicht alle der Rechtsformfrage zuordnen lassen. So fehlt die Verbrauchereigenschaft der Gesellschafter bei der **unternehmerischen GbR** nicht wegen des Zusammenschlusses, sondern wegen des fehlenden privaten Zwecks. Hingegen fehlt es bei einer als Außengesellschaft rechtsfähigen GbR, deren Gesellschafter eine natürliche Person und eine juristische Person sind, an der Verbrauchereigenschaft unabhängig davon, ob die Gesellschaft lediglich zu privaten Zwecken und nicht gewerblich oder selbständig beruflich tätig ist.²⁰⁷ Hier kann also bereits der **Zusammenschluß mit einer juristischen Person** in 231

²⁰⁴ Grundlegend BGHZ 149, 80.

²⁰⁵ S. auch *Eißner/Schirmbacher*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Verbraucher?, VuR 2003, 247; *Fehrenbacher/Herr*, Die BGB-Gesellschaft - eine natürliche Person im Sinne des Verbraucherschutzrechts?, BB 2002, 1006; *Krebs*, DB 2002, 517; *Mülbert*, WM 2004, 905.

²⁰⁶ Vgl. zur Gegenauffassung *Mülbert*, WM 2004, 905, 911 ff. sowie ihm folgend *MüKo-BGB/Micklitz/Purnhagen* § 13 Rn. 20.

²⁰⁷ BGH NJW 2017, 2752. Anders OLG Düsseldorf, NZG 2017, 944

Gesellschaft bürgerlichen Rechts also zum Entfallen der Verbrauchereigenschaft führen.

4. Verbraucherschutz bei Wohnungseigentümern

Die Behandlung von Wohnungseigentümergeinschaften war lange Zeit
232 umstritten. Zwischenzeitlich hat der Bundesgerichtshof entschieden, diese seien „im Interesse des Verbraucherschutzes der in ihr zusammengeschlossenen, nicht gewerblich handelnden natürlichen Personen dann **einem Verbraucher** gem. § 13 BGB **gleichzustellen**, wenn ihr wenigstens ein Verbraucher angehört und sie ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder einer gewerblichen noch einer selbständigen beruflichen Tätigkeit dient.“²⁰⁸ Die Formulierung „gleichstellen“ wird freilich nur in Andeutungen erklärt: Im Ergebnis handelt es sich um einen Fall analoger Anwendung,²⁰⁹ die freilich nicht *lege artis* begründet wird. Vielmehr beschränkt sich der Senat auf kurze teleologische Hinweise:²¹⁰ Eine natürliche Person verliere ihre Schutzwürdigkeit als Verbraucher nicht dadurch, daß sie Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft werde.

Angesichts der partiellen Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft nach § 10 IV WEG und der teilweise auch vertretenen Einordnung als rechtsfähige Personengesellschaft i.S.v. § 14 II BGB wäre vor allem auch zur Frage einer die Analogie ausschließenden Sperrwirkung (oder einer Lücke i.S.v. *Canaris*) zu erörtern gewesen. Alternativ wäre auch ein Begründungsweg über eine Kritik des Ausschlusses auch der rechtsfähigen Personengesellschaft denkbar gewesen, den der Senat aber auch nicht geht.

Der Bundesgerichtshof verweist argumentativ zudem darauf, die Wohnungseigentümergeinschaft handele beim Abschluß von Rechtsgeschäften mit Dritten in der Regel zum Zwecke der privaten Vermögensverwaltung ihrer Mitglieder und damit nicht zu gewerblichen Zwecken.²¹¹ Das überzeugt im Sinne einer tatsächlichen Vermutung für eine private Zwecksetzung. Hinsichtlich der Geeignetheit der Wohnungseigentümergeinschaft für die Subsumtion unter § 13 BGB oder die Bildung einer Analogie verletzt der Hinweis als Argument hingegen die Trennung der Kategorien.

Anders als – jedenfalls teilweise – bei der GbR führt die **Beteiligung von Nicht-**
233 **Verbrauchern** nicht zum Ausschluß der Wohnungseigentümergeinschaft vom Verbraucherrecht.

²⁰⁸ BGHZ 204, 325 (Hervorhebung vom Verf.).

²⁰⁹ Vgl. BGHZ 204, 325, Rn. 28: „entsprechend § 13 BGB“.

²¹⁰ BGHZ 204, 325, Rn. 30.

²¹¹ BGHZ 204, 325.

Für die Beteiligung juristischer Personen ist die Frage freilich – anders als bei der GbR (s.o. Rn. 312) – bislang nicht höchstrichterlich entschieden.

5. Analogie bei Idealvereinen und Non-Profit-Einrichtungen?

Nachdem bereits die GbR sowie die Wohnungseigentümergeinschaft respective deren Mitglieder erst im Wege der Analogie in den Anwendungsbereich von § 13 BGB gelangen, stellt sich die Frage, ob dieselbe – auf § 13 BGB bezogene – Argumentation oder andere **Analogieschlüsse** auch zugunsten juristischer Personen oder anderer rechtsfähiger Personengesellschaften möglich sind. In Betracht kommt dies insbesondere bei Idealvereinen und (anderen) Non-Profit-Einrichtungen wie etwa Kirchengemeinden oder gemeinnützigen Stiftungen oder GmbHs. 234

Technisch **fehlt** es für diese juristischen Personen freilich an einer **Lücke** im Rahmen des § 13 BGB. Insoweit steht das anders als bei GbR und Wohnungseigentümergeinschaft, die zwar rechtsfähig aber eben keine juristischen Personen sind. Aus der – historisch ursprünglichen – Abgrenzungsfunktion der Position natürliche Person läßt sich für letztere tatsächlich die Lücke begründen. Für juristische Personen ist das jedoch nicht der Fall. Hinzu kommt, daß **Maß und Umfang** einer solchen Analogie kaum **bestimmbar** sind. Die bloße Gemeinnützigkeit einer Stiftung oder einer GmbH, die in erster Linie ja steuerrechtlichen Privilegierungen dient, eignet sich schon deshalb nicht für eine hinreichende Ähnlichkeitsannahme, weil die Entscheidungsstrukturen dieser Einrichtungen von Gesetzes wegen sehr viel formalisierter sind als bei dem von § 13 erfaßten Personenkreis. Hinzu kommen absehbare Fehlgewichtungen, wenn Idealvereine – wie in der Fußball-Bundesliga nicht selten der Fall – Eigentümer von Aktiengesellschaften sind und ihre Jahresumsätze diejenigen eines mittelständischen Unternehmens zumindest erreichen. Die Lösung kann also nicht die generelle Anwendbarkeit des Verbraucherrechts herbeiführen und Analogie bei § 13 BGB legen. 235

Denkbar sind hingegen **einzelne Analogien zu** jeweils näher zu bestimmenden **konkreten Schutzmechanismen** zugunsten von Verbrauchern, deren Anwendbarkeit zugunsten von manchen juristischen Personen als angemessen erscheint. Die Erfassung der Existenzgründer von Teilen des Verbraucherkreditrechts in § 512 BGB zeigt, daß eine solche partielle Anwendbarkeit des Verbraucherrechts außerhalb des Kerns seines 236

Anwendungsbereichs alles andere als ausgeschlossen ist. So erscheint es etwa naheliegend, § 288 II BGB für den Verzug kleiner Non-Profit-Organisationen ohne große organisatorische Einrichtungen entsprechend anzuwenden. Schwieriger ist die Lage bei zwingendem Recht. Jedenfalls soweit dieses Steuerungsziele jenseits des schlichten Ausgleichs von Risiken am Markt verfolgt, liegt ohnehin die Annahme eines generellen Analogieverbotes nahe (s.u. Kapitel 1 Rn. 72).

V. Art der Tätigkeit des Verbrauchers

Der Verbraucherbegriff des § 13 ist auf **rechtsgeschäftliches Tätigwerden** und damit in erster Linie auf **Verträge** bezogen. Dem Verbraucherrecht zugeordnete Situationen sind dementsprechend die einzelnen Rechtsgeschäfte, für die – situationstypisch – Schutzbedarf besteht.

Bereits aus der Systematik des BGB-Verbrauchervertragsrechts in den §§ 312a II, 312d, 312j BGB wird deutlich, daß auch – vertragsnahe – **vorvertragliche Situationen** – dem im § 13 BGB offenbar weit verstandenen rechtsgeschäftlichen Tätigwerden des Verbrauchers zuzuordnen sind. Die dort bestimmten Informationspflichten gelten nämlich auch dann, wenn es nicht zum Vertragsschluß kommt und dementsprechend nur ein vorvertragliches Schuldverhältnis – regelmäßig im Sinne von § 311 II BGB – vorliegt. Gegen Verletzungen vorvertraglicher Informationspflichten ist der Verbraucher dementsprechend auch dann geschützt – etwa im Wege eines Schadensersatzanspruchs nach § 280, 311 II BGB –, wenn es zum Vertragsschluß nicht kommt.

§ 2 II UWG weitet den Verbraucherbegriff für das UWG auf den gesamten Bereich **geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern** aus und geht damit weit über vertragsnahe vorvertragliche Situationen etwa nach Art von § 311 II, III BGB hinaus. Der im § 2 II UWG enthaltende ausdrücklicher Verweis auf § 13 ordnet dessen „entsprechende“ Geltung an und es besteht im Schrifttum Einigkeit darüber, daß damit insbesondere der Bezug auf das rechtsgeschäftliche Handeln des Verbrauchers für das UWG entfällt.²¹²

²¹² Ohly/Sosnitza/Sosnitza, § 2 UWG Rn. 105; Köhler/Bornkamm/Köhler, § 2 UWG Rn. 162.

Eher theoretische Schwierigkeiten ergeben sich bei den Vorschriften zur unverlangten Leistungserbringung nach **§ 241a BGB** und zur Gewinnmitteilung nach **§ 661a BGB**. Für diese Vorschriften gilt die Ausweitung des Verbraucherbegriffs nach § 2 II UWG nicht – trotz der Unlauterkeit der entsprechenden geschäftlichen Handlungen. Zugleich muß der Verbraucher zur Auslösung der Rechtsfolgen beider Vorschriften nicht rechtsgeschäftlich tätig geworden sein. Hinsichtlich seines Wortlauts ist § 13 BGB daher nicht geeignet, den Verbraucherbegriff beider Vorschriften zu konkretisieren. Trotzdem steht außer Frage, daß die übrigen Voraussetzungen des § 13 BGB auch zur Bestimmung des Anwendungsbereichs der §§ 241a, 661a BGB maßgebend sind. Allein die Begründung für die Maßgeblichkeit – direkte Anwendung wegen Redaktionsversehens oder Analogie – ist streitig²¹³. 240

Trotz Zutreffens des Hinweises auf redaktionelle Schwächen wie auch auf die Analogiefähigkeit der Norm liegt die Begründung dafür in der richtigen Auslegung von § 13 BGB. Der Verweis auf das rechtsgeschäftliche Handeln läßt sich nämlich im Wege systematischer Auslegung auch so verstehen, daß er nicht Teil der Definition ist, sondern deren Anwendungsbereich bestimmt. Im übrigen, das heißt im vor- und außervertraglichen Bereich, bliebe dann Platz für eine Begriffsbildung durch Wissenschaft und Praxis. Für diese aber besteht – jedenfalls für den Regelfall – kein Bedürfnis, von den (weiteren) Voraussetzungen des § 13 BGB abzugehen. Dieser bildet vielmehr die Kernbestandteile des Verbraucherbegriffs korrekt ab, gilt jedoch nicht für außervertragliche (einschließlich vorvertragliche) Situationen. Da es sich um eine Definitionsnorm handelt, ist methodisch für eine Begriffsbildung auch keine Analogie erforderlich. Eine Ähnlichkeitskontrolle muß insoweit nicht stattfinden, was angesichts der fehlenden Rechtsfolge auch Schwierigkeiten bereiten würde.

VI. Unternehmer als Gegenüber

Vorschriften des Verbraucherschutzes setzen **in aller Regel** voraus, daß dem Verbraucher ein **Unternehmer als Widerpart** gegenübersteht. Paradigmatisch in dieser Hinsicht ist die **Definition des Verbrauchervertrags** in § 310 III BGB, die ausdrücklich einen Vertrag des Verbrauchers mit einem Unternehmer voraussetzt. Maßgeblicher Unternehmerbegriff ist der des § 14 I BGB. Nicht etwa bedarf es der Kaufmannseigenschaft nach §§ 1 ff. HGB. Dies ist schon wegen der Unvollständigkeit des Handelsrechts in seiner Erfassung des unternehmerischen Geschäftsverkehrs – etwa von Freiberuflern – erforderlich. Auch wo ein unternehmerischer Widerpart nicht ausdrücklich gefordert wird, 241

²¹³ Siehe die ausführlichen Nachweise zu diesem Streit bei Staudinger/Kannowski (2013) § 13 BGB Rn. 24 ff.

kommt die Auslegung der betreffenden Vorschriften häufig zu dem Ergebnis, daß ein solcher unausgesprochen vorausgesetzt wird. Art. 17 Brüssel Ia-VO wird – völlig zu Recht – in eben diesem Sinne verstanden, weil sich die besondere Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers vor allem aus der Professionalität des Widerparts ergibt.

Allerdings ist das Vorhandensein eines Unternehmers **nicht immer**
242 Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Verbraucherrecht. Das gilt etwa für die Zinsbestimmung im § 288 I, II BGB, wo für den geringeren Zinssatz die Beteiligung eines Verbrauchers am Vertrag ausreicht, ohne daß es auf die Qualifikation weiterer Vertragspartner ankommt. Entsprechendes gilt für § 1031 V ZPO, der bereits bei Beteiligung eines Verbrauchers an der Schiedsabrede die Schriftform vorschreibt.

Nicht immer freilich ist der Zuschnitt gelungen. Für die besonderen Pflichten des Notars nach § 17 IIa BeurkG etwa ist nicht ersichtlich, warum diese nur dann gelten sollen, wenn dem bei der Beurkundung als Vertragspartner beteiligten Verbraucher ein Unternehmer gegenübersteht. Eben dieses legt die Verwendung des Worts „Verbraucherverträge“ in § 17 IIa 2 Hs. 1 BeurkG nämlich nahe, zumindest wenn man sie im Sinne der Legaldefinition des § 310 III BGB versteht. Die Schutzbedürftigkeit privat handelnder Vertragsschließender im Termin vor dem Notar ist aber sowohl hinsichtlich der Frage der Vertretung durch eine Vertrauensperson oder des persönlichen Erscheinens wie auch für die Prüfung des Textes des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts nicht davon abhängig, wer auf der anderen Seite des zu schließenden Vertrages steht. Gerade auch im rein privaten Kontext kann es zu Mißbräuchen von Vertretungsgestaltungen kommen. Erst recht besteht das Bedürfnis des Verbrauchers zur hinreichenden Prüfung, gerade auch wenn kein professioneller Beteiligter am Vertrag beteiligt ist. Folgt man mit der Wortlautauslegung der Legaldefinition des § 310 III BGB, erscheint daher hinsichtlich der Konkretisierung der notariellen Pflichten eine teleologische Extension angezeigt.

Die **Stellung als Unternehmer** setzt das selbständige, planmäßige und
243 dauerhafte Anbieten von Leistungen gegen Entgelt am Markt voraus. Entgelt meint damit nicht allein Leistungen in Geld, sondern erfaßt auch andere Gegenleistungen wie die Einräumung von Nutzungsbefugnissen an personenbezogenen Daten. Nicht erforderlich ist freilich eine Gewinnerzielungsabsicht des Unternehmers.²¹⁴ Die Merkmale der Planmäßigkeit und Dauerhaftigkeit kennzeichnen das geforderte Maß an Professionalität. Anders als das Mieterschutzrecht kommt Verbraucherschutzrecht nicht schon dann zur Anwendung, wenn eine Vermietung eines einzelnen Mietobjekts stattfindet.

Dementsprechend gibt es – zahlreiche – Mietverhältnisse, in welchem zwar Mieterschutzrecht aber kein Verbraucherschutzrecht – etwa im Sinne von § 310 III BGB – zur Anwendung gelangt.

²¹⁴ BGH NJW 2006, 2250.

Zur Begründung der erforderlichen Professionalität des Vermieters wird es allerdings auch nicht erforderlich sein, daß dieser mehr als 50 Wohnungen vermietet, wie § 19 V 3 AGG es im Regelfall für die Anwendbarkeit des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots nach § 19 I Nr. 1 AGG auf Mietverträge fordert. Aufgrund der unterschiedlichen Schwellen wird es daher nicht wenige Mietverhältnisse geben, für die zwar sowohl Mieterschutz- als auch Verbraucherschutzrecht gilt, nicht aber der besondere Zugangsschutz im Sinne des verbraucherschützenden Ziels der Versorgungssicherheit nach §§ 19 ff. AGG.

Die Gewerbefreiheit bringt es mit sich, daß die **Grenze** von der privaten **zur** professionellen, **unternehmerischen Tätigkeit** häufig nicht klar erkennbar ist. 244
Im Blick auf das Verbraucherrecht findet sich so eine ganze Reihe von Grenzfällen, die sich in jüngerer Zeit auch durch die erleichterte Betätigung im Onlinebereich sowie die zunehmende Verbreitung co-kreativer Geschäftsmodelle noch ausgeweitet hat.

Eher theoretisch ist dabei bislang die Frage geblieben, ob der Strom ins Netz einspeisende Privatmann – der idealerweise auch noch zur Umsatzsteuer optiert hat – dadurch hinsichtlich seiner Rechte aus dem Erwerb, der Montage oder der Errichtung der Photovoltaikanlage oder der Windkraftanlage in die Unternehmer-Zone rutscht. Dies wird im Hinblick darauf, daß auf diese Weise regelmäßig lediglich ein verhältnismäßig geringer Finanzierungsbeitrag zum eigenen Energiebedarf geleistet wird, richtigerweise verneint.²¹⁵

Als praktisch schwieriger haben sich **Rollenänderungen auf Online-Plattformen** erwiesen. Wichtigstes Beispiel insoweit sind Verkäufer auf eBay. 245
Dem System der §§ 13, 14 BGB entspricht es selbstverständlich, daß nicht jeder – auch nicht jeder häufigere – Verkauf bereits eine Unternehmereigenschaft des im Ausgangspunkt privaten Verkäufers auf einer solchen Plattform begründet. Die Frage, wann ein solcher Rollenwechsel stattdessen eintritt, läßt sich nicht abstrakt, sondern nur für den Einzelfall anhand einer Reihe von Indizien klären. Die ausdrückliche Einordnung als „Powerseller“ etwa wird dabei die (ggf. scheinbare) Unternehmereigenschaft regelmäßig begründen. Weitere Indizien sind die getätigten Umsätze sowie die Angebotspalette des Verkäufers.

Allein die Abwicklung einer Haushaltsauflösung über eBay wird etwa die Unternehmereigenschaft hierbei nicht begründen können. Eine Änderung der Rolle kann aber dann eintreten, wenn die betreffende Person aus der – aus Erfahrung erfolgreichen – Haushaltsauflösung via eBay ein Geschäftsmodell macht und – vermutlich aber nicht notwendig gegen Entgelt – für weitere Personen anbietet.

²¹⁵ Dies entspricht auch der gewerberechtlichen Praxis, welche auf die Anmeldung entsprechender Anlagen als Gewerbe nach § 14 I GewO typischerweise auch dann verzichtet, wenn umsatzsteuerrechtlich eine unternehmerische Tätigkeit vorliegt.

VII. Einschaltung Dritter

Aufgrund der Rollenorientierung des Verbraucherrechts bereiten Fälle der
246 Einschaltung Dritter besondere Schwierigkeiten. Das betrifft einerseits
Vertretungs- und sonstige **Intermediärsituationen** auf Seiten des Verbrauchers,
aber auch andererseits Hilfspersonenhandeln auf Unternehmerseite. Eine
Sondersituation bilden dabei die sogenannten Agenturgeschäfte, bei denen der
Unternehmer nicht immer nur die Funktion eines Intermediärs ausübt.

1. Vertretung des Verbrauchers

Allgemein gilt für die Vertretung in den Rollen als Verbraucher oder Unternehmer
247 die **Grundregel**, daß die – private oder unternehmerische – **Zweckbestimmung
des Vertretenen ausschlaggebend** für die Qualifikation der Rolle ist. Bei
Handeln zu privaten Zwecken kann sich der Verbraucher also von einem
Nichtverbraucher, etwa von einem Unternehmer im Sinne von § 14 BGB
vertreten lassen. Seine Verbraucherstellung wird also durch die Vertretung nicht
berührt. Das gilt auch dann, wenn die Vertretung die Kompetenzen auf Seiten
des Verbrauchers erheblich steigert. Die Einschaltung eines Anwalts und die
Vertretung durch diesen nehmen dem vertretenen Verbraucher die
Verbrauchereigenschaft nicht.

Das gilt richtigerweise auch für die **mittelbare Stellvertretung**. Wird die
248 Vertretungssituation vom Vertreter nicht offengelegt, bleibt es bei privater
Zwecksetzung bei der Maßgeblichkeit der Zwecksetzung des Hintermanns. Das
Interesse der Gegenseite ist nach den Regeln über den Scheinunternehmer zu
behandeln, sodaß ein Schutz der Gegenseite durch Ansprüche auf negatives
Interesse und gegebenenfalls auch durch Beseitigung der vertraglichen Bindung
im Wege der Anfechtung aufgrund § 123 BGB möglich ist. In der Situation
mittelbarer Stellvertretung wird daneben regelmäßig eine Eigenhaftung des
Intermediärs eingreifen, wenn Vertretungssituation und Verbraucherhandeln
nicht offengelegt werden.

2. Der Verbraucher als Vertreter

Der Grundsatz der Maßgeblichkeit des Handlungszwecks des Vertretenen gilt
249 auch für die Vertretung durch einen Verbraucher. Die besondere
Schutzwürdigkeit des Vertreters, hilft dem vertretenen Unternehmer nicht. Das

gesamte Geschäft ist vielmehr **kein Verbrauchergeschäft** für den Vertretenen. Eine Sondersituation entsteht freilich, wenn der Verbraucher als Vertreter ohne Vertretungsmacht agiert hat. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob der Verbraucher eine Haftung nach § 179 I oder II BGB die Privilegien seiner Verbraucherstellung entgegenhalten kann.

Fraglich erscheint dies insbesondere im Falle der Vertretung durch Arbeitnehmer, deren grundsätzliche Verbrauchereigenschaft zu einer weitgehenden Entwertung der Haftung des *falsus procurator* in diesem Bereich führen könnte. Die Frage ist bislang wenig erörtert und harrt weiterer Klärung.

3. Zurechnungen auf Unternehmerseite

Soweit für die Anwendbarkeit verbraucherschützender Regeln ein Unternehmer als Widerpart erforderlich ist, richten sich Zurechnungsfragen zunächst nach **250** allgemeinen Regeln, also dem Stellvertretungsrecht, den Regeln der Wissenszurechnung und den Regeln der Gehilfenhaftung nach § 278 BGB. Dabei kennt das Verbraucherrecht an einigen Stellen **Ausweitungen von Zurechnungstatbeständen**.

Wichtigstes Beispiel ist die Haftung für **öffentliche Äußerungen Dritter** nach § 434 I 3 BGB, welche – trotz ihrer allgemeinen Geltung – aufgrund der Vorgabe **251** der VerbrauchsgüterkaufRL 1999/44/EG verbraucherschützend angelegt ist.²¹⁶ Durch die Erfassung von öffentlichen Äußerungen des Herstellers oder seiner – im Gesetz nicht näher definierten – Gehilfen einschließlich Werbeaussagen wird das Recht der Vertragsauslegung und Vertragsergänzung zum zusätzlichen Zurechnungsinstrument, das weit über die standardisierten Zurechnungsinstrumente hinausgeht. Die Ausnahmen des letzten Halbsatzes zu § 434 I 3 BGB mildern diese Haftung nur sehr eingeschränkt ab.

Eine Ausweitung von Zurechnungssituationen zu Lasten des Unternehmers enthält auch § 434 II 1 BGB. Auch diese Vorschrift ist aufgrund ihrer Vorgabe **252** durch die VerbrauchsgüterkaufRL 1999/44/EG verbraucherrechtlich konnotiert und vorgegeben. Die **unsachgemäße Montage durch Erfüllungsgehilfen** begründet hier die Pflichtwidrigkeit und damit die Zurechnung einer Pflichtverletzung des Erfüllungsgehilfen. Damit weitet die Vorschrift – zumindest

²¹⁶ Damit soll keine teleologische Reduktion der Vorschrift vertreten werden, die der Gesetzgeber von 2002 sehr bewußt in überschießender Umsetzung auch für den unternehmerischen Geschäftsverkehr ausgestaltet hat.

nach verbreiteter Auffassung – den Anwendungsbereich von § 278 BGB auf die Zurechnung der einschlägigen Pflichtverletzungen aus.

Das durch die Schuldrechtsmodernisierung 2002 generell neu geordnete Verhältnis von Pflichtverletzung und Vertretenmüssen führt allerdings ohnehin schon dazu, daß § 278 BGB auch die Begründung von Pflichten ermöglicht etwa solchen, die erst aufgrund Kenntnis des Erfüllungsgehilfen von einer Gefährdungssituation entstehen. Erst recht ist die Zurechnung auch einer Pflichtverletzung unter § 278 BGB nicht von vornherein ausgeschlossen.

4. Agenturgeschäfte und Umgehungssituationen

253 Eine besondere Situation der Einschaltung eines Dritten ist das sogenannte Agenturgeschäft, das in manchen Fällen auch zur Umgehung von Verbraucherrecht eingesetzt wird. Für diese Geschäfte kommen **grundsätzlich zwei Qualifikationen** in Betracht. Entweder geht es um eine schlichte **Käuferkette**: Ein Verbraucher-Verkäufer verkauft an einen Unternehmer als Zwischenhändler, welcher wiederum an einen Verbraucher-Käufer verkauft. Alternativ dazu ist die Dreieckskonstellation, bei welcher der **Unternehmer** lediglich **als Intermediär** tätig wird – im Gebrauchtwagenhandel regelmäßig als Agent im Sinne eines Agenturvertrags bezeichnet – und Verbraucher-Verkäufer und Verbraucher-Käufer direkt miteinander über einen Kaufvertrag kontrahieren.

254 Für die **Rechtsstellung des Verbraucher-Käufers** hat die Zuordnung der Gesamtkonstellation zu der einen oder anderen Gestaltung **erhebliche Folgen**, weil er sich nur in der Käuferkette auf solche Rechte als Verbraucher aus dem Kaufvertrag berufen kann, für deren Entstehen er einen Unternehmer als Widerpart braucht. Das sind insbesondere die Regeln über den Verbrauchsgüterkauf (§§ 433, 474, 13 BGB) sowie die Regeln des allgemeinen Verbraucherrechts in § 312a BGB und der AGB-Kontrolle im Verbrauchervertrag nach § 310 III i.V.m. §§ 305 ff. BGB. Ist der Unternehmer hingegen nur Intermediär, kommt es im Kaufvertrag zwischen Verbraucher-Verkäufer und Verbraucher-Käufer überwiegend nicht zur Anwendung von Verbraucherrecht.²¹⁷ Gegenüber dem Unternehmer hat der Verbraucher-Käufer nur Rechte aus einem Dienstleistungsvertrag, der regelmäßig als Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675, 611 ff. BGB zu qualifizieren ist. Der Verbraucher-Käufer kann sich in diesem Verhältnis zwar auf § 312a BGB sowie die verbraucherschützende Variante der AGB-Kontrolle nach § 310 III BGB berufen, die interessante

²¹⁷ Ausnahme ist auch hier § 288 I, II BGB.

kaufrechtliche Besserstellung – einschließlich der Beweislastumkehr nach § 476 BGB – ist ihm jedoch verschlossen.

Für die Stellung des Verbraucher-Käufers ist also entscheidend, welchen der beiden Konstellation im konkreten Fall die Vertragsgestaltungen zugeordnet werden können. Die massiven Unterschiede in der Belastung mit Verbraucherrechten, insbesondere zwingenden kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts, machen es für den Unternehmer **interessant**, durch **Vertragsgestaltung** in die **Intermediärsstellung** zu gelangen. 255

Schon wegen der Zwingendstellung vor allem der verbrauchsgüterkaufrechtlichen Sachmängelgewährleistung – zu deren Durchsetzung Deutschland wegen der Vorgaben der VerbrauchsgüterkaufRL 1999/44/EG verpflichtet ist – ist selbstverständlich, daß es für die Beantwortung dieser Qualifikationsfrage **nicht allein** auf die **vom Unternehmer** einseitig und gegebenenfalls in allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgegebene Vertragsgestaltung ankommen kann. Diese kann nämlich nicht von der objektiven Gestaltung abweichen. Zu deren Klärung greifen Schrifttum und Praxis auf die Risikotragung durch den Unternehmer zurück. Sofern diese im Verhältnis zum Verbraucher-Verkäufer tatsächlich einer Intermediärstätigkeit entspricht, ist der Unternehmer auch gegenüber dem Verbraucher-Käufer als Intermediär zu behandeln. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Verbraucher-Verkäufer im Innenverhältnis zum Unternehmer das **Absatzrisiko** als solches und auch das **Risiko der Preishöhe** vollständig trägt. Hat der Unternehmer hingegen gegenüber dem Verbraucher-Verkäufer etwa einen Mindestverkaufspreis garantiert, agiert er nicht als reiner Intermediär, sondern übernimmt **zwischenhändlertypische Risiken**. Im Verhältnis zum Verbraucher-Käufer schließt er daher einen Kaufvertrag ab, auf den insbesondere das halbzwingende Gewährleistungsrecht des Verbrauchsgüterkaufs Anwendung findet. Das ist heute weitgehend unstrittig. 256

Keine Verkäuferstellung dürfte hingegen die Übernahme eine Delkrederehaftung gegenüber dem Verbraucher-Verkäufer auslösen. Insbesondere die Haftung für die Bonität des Abnehmers ist geradezu intermediärstypisch. Hingegen ist die Vereinbarung einer Provision dann unerheblich, wenn dem Verbraucher-Verkäufer daneben Absatz- oder Preisbildungsrisiko ganz oder teilweise abgenommen werden.

Während diese Grundlösung für die Agentursituation inzwischen weitgehend herrschend ist, ist das **Schicksal des** in der Agentursituation **als vermittelt vorgegebenen Vertrages** zwischen Verbraucher-Verkäufer und Verbraucher-Käufer ungewiß. Während es im Verhältnis Verbraucher-Verkäufer und 257

Unternehmer schlicht bei einem Kaufvertrag oder einem Geschäftsbesorgungsvertrag zum Zwecke des Absatzes bleibt und der Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher-Käufer als Kaufvertrag eingeordnet wird, läßt sich dieses Verhältnis kaum mehr sinnvoll abwickeln. Es scheitert insbesondere nicht etwa daran, daß die richtige Qualifikation des Verhältnisses zwischen Unternehmer und Verbraucher-Käufer die Vertragsschlußvollmacht des Unternehmers für den Verbraucher-Verkäufer entfallen läßt.

Teilweise wird im Schrifttum hierzu die Auffassung vertreten, der zwischen Verbraucher-Verkäufer und Verbraucher-Käufer geschlossene Vertrag sei als Scheingeschäft nach § 116 BGB nichtig. Das begegnet Zweifeln, weil es an einem geheimen Vorbehalt des Verbraucher-Verkäufers fehlt. Auch die näherliegende Einordnung als Scheingeschäft im Sinne von § 117 BGB scheidet aus, weil es am Einverständnis des Verbraucher-Käufers mit der Abgabe der entsprechenden Willenserklärungen „zum Schein“ fehlt.

Vielfach wird deshalb angenommen, der geschlossene Vertrag zwischen
258 Verbraucher-Verkäufer und Verbraucher-Käufer bleibe bestehen und liefere den Verbraucher-Käufer einen **zweiten Schuldner** etwa **für Gewährleistungsansprüche**, soweit diese nicht ohnehin ausgeschlossen sind. Es darf freilich nicht übersehen werden, daß der zwischen den beiden Verbrauchern geschlossene Vertrag nunmehr seines Sinnes beraubt ist, sodaß zwar rechtsgeschäftlich seine Existenz nicht angegriffen werden kann, ihm jedoch die Geschäftsgrundlage entzogen ist. Darauf wird sich der Verbraucher-Verkäufer jedenfalls so lange berufen können, als sich der Unternehmer seinen Verpflichtungen aus dem umqualifizierten und nunmehr als Kauf eingeordneten Vertrag mit dem Verbraucher-Käufer weder entzieht noch insolvent wird.

VIII. Andere Verbraucherbegriffe

Außer der zentralen Begriffsbildung finden sich an verschiedenen Stellen des
259 deutschen wie auch des Unionsrechts weitere Verbraucherbegriffe, die jeweils der **Beschreibung von Schutzbereichen** dienen. Auch diese Begriffe sind überwiegend unionsrechtlich konnotiert und haben aber an der normativen Einheitlichkeitsvermutung für den Verbraucherbegriff²¹⁸ keinen Anteil. Statt vom Verbraucher ist etwa vom Endverbraucher oder Letztverbraucher, vom Haushaltskunden oder vom Privatanleger die Rede. Eine Systematisierung dieser Begriffe, die durch verschiedene Verweisungskonstruktionen teilweise

²¹⁸ Dazu *Schmidt-Kessel*, EnzEuR Bd. 6, § 4 Rn. 124.

noch mit dem Verbraucherbegriff des § 13 BGB vermischt werden, ist bislang die Ausnahme.

Auffälligster Punkt ist die regelmäßige **Einbeziehung juristischer Personen** in den Schutzbereich durch diese Begriffe, die teilweise ausdrücklich (§ 3 Nr. 25 EnWG und § 3 Nr. 33 EEG) und teilweise durch Verzicht auf eine Begrenzung auf natürliche Personen erfolgt (Art. 3 Rn. 18 LebensmittelBasisVO Nr. 178/2002 und § 1 Nr. 31 KAGB). Hinzu kommen die **Zurückdrängung des Privatheitskriteriums** und seine Ersetzung durch den – auch unternehmerischen – Eigenverbrauch (Art. 3 Rn. 18 LebensmittelBasisVO Nr. 178/2002; § 3 Nr. 25 EnWG; § 3 Nr. 33 EEG), die Beschränkung auf kleine Unternehmens- oder Geschäftsgrößen (§ 3 Nr. 22 EnWG; § 1 Nr. 31 KAGB) oder die Branchenfremdheit (Art. 3 Rn. 18 LebensmittelBasisVO Nr. 178/2002). 260

IX. Verbraucherrecht ohne Verbraucherbegriff

Besonders verbreitet sind auch verbraucherschützende Normen ohne ausdrückliche Anknüpfung an einen Verbraucherbegriff. Ein funktionaler Zugang zum Verbraucherrecht (s. Kapitel 1 Rn. 47 ff.) läßt dies selbstverständlich erwarten. Eher selten wird dabei, wie in der Zuständigkeitsregel für Urheberrechtsverletzungen durch Verbraucher nach § 104a UrhG, der **Wortlaut der Definition** des § 13 BGB (nahezu) wörtlich **übernommen**, ohne jedoch ausdrücklich vom Verbraucher zu sprechen. Bisweilen finden sich **verkürzte Verweise** auf private Zwecksetzungen, etwa bei der Beschreibung der geschützten Rechtsgüter des Produkthaftungsrechts in § 1 I 2 ProdHG oder bei der Herausnahme ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten des Verantwortlichen aus dem Datenschutzrecht durch Art. 2 II lit. c DSGVO. **Funktional ähnliche** – wenn auch nicht identische – **Zuschnitte** von Anwendungsbereichen finden sich in den verbreiteten Beschränkungen von Ausnahmen auf Kaufleute (und ggf. öffentlich-rechtliche Sondervermögen) so für die besonderen Sicherungspflichten des Bauträgers nach § 7 II MaBV oder die Ausnahme vom Prorogationsverbot nach § 38 ZPO. 261

Als (lediglich) **partielle Zuweisung zum Verbraucherrecht** ist hingegen die Aufnahme von Berufs- oder Produktzulassungsrecht in die Listen nach § 2 II UKlaG oder nach dem Anhang zur VerbraucherschutzdurchsetzungsVO Nr. 2006/2004, soweit dieses offensichtlich auch Nicht-Verbraucher schützt; ein Beispiel dafür ist die Erklärung des das Rechtsdienstleistungsrecht behandelnde 262

RDG zum Verbraucherschutzgesetz durch § 2 II Nr. 8 UKlaG. Letztlich sind auch die §§ 651a ff. BGB sowie die verschiedenen Passagierrechte-Verordnungen hierher zu rechnen, für die auch ein signifikanter Anwendungsbereich außerhalb eines – wie im Einzelnen auch immer definierten – Verbraucherbegriffs verbleibt.

Kapitel 4: Privatrecht als Instrument des Verbraucherschutzes

Im deutschen Recht besteht ein **besonders enger Zusammenhang** zwischen Privatrecht und Verbraucherschutz. Das gilt zunächst für die Gesetzgebung, die durch die Verankerung des Verbraucherbegriffs im Bürgerlichen Recht, § 13 BGB, sowie die Integration wichtiger Teile des Verbrauchervertragsrechts in die allgemeine privatrechtliche Kodifikation des BGB einen klaren privatrechtlichen Schwerpunkt für das Verbraucherschutzrecht setzt. Dieser Zusammenhang spiegelt sich ferner in einem ganz überwiegend privatrechtlichen Rechtsprechungsaufkommen zum Verbraucherschutz sowie in der überwiegend privatrechtlichen Verortung in der akademischen Lehre. 263

Vor diesem Hintergrund stellt die seinerzeit gemischte Ausschreibung der vom damaligen Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz eingerichteten Stiftungsprofessur für Verbraucherrecht an der Universität Bayreuth einen Ausnahmefall dar. Sie hat sich auch im Lehrprogramm, insbesondere des Schwerpunkts Verbraucherrecht und in der bis heute existierenden Sonderveranstaltung zum Verbraucherverwaltungsrecht, niedergeschlagen.

Die vorhandene Lehr- und Handbuchliteratur entspricht diesem Bild ebenfalls und ist klar verbraucherprivatrechtlich verortet. In Übereinstimmung mit den Unterrichtsprogrammen der meisten deutschen Universitäten behandeln diese Werke andere Rechtsgebiete in der Regel allenfalls sehr begrenzt.

Für die besondere Bedeutung des Privatrechts für den Verbraucherschutz sprechen wichtige **sachliche Gründe**. Die beschriebenen (s.o. Kapitel 2 Rn. 106 ff.) Gefahrenlagen entstehen ganz überwiegend am Markt und in einem rechtsgeschäftlichen Kontext. Der Zugang zu Leistungen, die Preisbildung sowie die Beschreibung der – gegebenenfalls zu schützenden – Präferenzen von Verbrauchern geschehen in erster Linie durch die Bestimmung von Vertragsinhalten. Der Schutz der körperlichen wie der personalen Integrität wird vielfach mit den Mitteln des Haftungsrechts betrieben. 264

Die Verankerung zentraler Teile des Verbraucherrechts im Privatrecht entspricht damit der freiheitlichen und marktbezogenen Grundarchitektur der deutschen – wie auch der europäischen – Rechtsordnung, ohne Verbraucher, die sich am Markt betätigen und Entscheidungen zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse treffen, entstehen die meisten der vom Verbraucherrecht adressierten Risikosituationen gar nicht erst. Nur dort wo Leistungen von vorn herein öffentlich-rechtlich organisiert werden – etwa in weiten Teilen des Gesundheitssystems, des Schulwesens oder der universitären Bildungsangebote – ist bereits der Ausgangspunkt der Risikobildung ein öffentlich-rechtlicher. 265

Der enge tatsächliche Zusammenhang ist freilich – gerade auch rechtsvergleichend – **keine Selbstverständlichkeit**. Die Funktionen beider Rechtsgebiete sind nämlich durchaus verschieden, was auch divergierende 266

Strukturen und Leitideen nach sich zieht. Es nimmt nicht wunder, daß auch die normative Integration von Teilen des Verbraucherrechts in die Zivilrechtskodifikation, wie sie in Deutschland für das Bürgerliche Recht zum 1. Januar 2002 erfolgt ist, bis heute nicht frei von Diskussionen ist.

I. Funktionen von Zivilrecht und Verbraucherrecht

1. Die klassische Grundordnung des Privatrechts

Kernfunktion des Privatrechts ist die Bereitstellung einer Rahmenordnung für die
267 Beziehungen zwischen Individuen.²¹⁹ Vor allem in dem auf den Markt bezogenen Vertragsrecht dient es klassischerweise der freien Interessenkoordination der Marktteilnehmer durch die normative Organisation der Freiheiten des Marktes.²²⁰ Leitendes Grundprinzip ist dementsprechend die Freiheit des Einzelnen und seines Willens. Dieses **Freiheitsparadigma** prägt das privatrechtliche Denken insgesamt und erfährt eine erste – immanente – Grenze durch die Möglichkeit der Vertragsbindung als (ontologisches) Paradoxon der Freiheit, die ohne eine solche Bindung nicht sinnvoll ausgeübt werden kann. Zweites privatrechtliches Grundprinzip ist die **formale Gleichheit** der am Markt tätigen Individuen. Sie ist Funktionsvoraussetzung für den Vertrag als Instrument der Freiheitsverwirklichung. Drittes Grundprinzip ist die Anknüpfung des Privatrechts an die **bestehende Eigentumsordnung** in dem weiteren Sinne einer Ordnung der Verfügungsrechte. Auch insoweit ist der Konsens zwischen Individuen Voraussetzung für eine Änderung der Zuweisung von Verfügungsrechten.

Ob darüber hinaus das **Prinzip der Fairneß** – etwa im Sinne von § 242 BGB – ein allgemeines Prinzip des Privatrechts bildet, wird bis heute nicht einmütig beantwortet.²²¹ Dieser Streit kann hier nicht entschieden werden und beruht insbesondere auf unterschiedlichen Auffassungen von der Erkennbarkeit des – abstrakt generell oder konkret individuell – Fairen im Gesetzgebungsverfahren respective im Zivilprozeß (sog. Anmaßungsproblem).

Diese klassischen Grundprinzipien wirken sich unmittelbar auf die Gestaltung der
268 Privatrechtsordnung aus. Diese kennt den **Vertrag als das zentrale Mittel** der Gestaltung von Rechtsbeziehungen und tut sich mit der Einordnung von

²¹⁹ Podszun, Wirtschaftsordnung der Zivilgerichte, Tübingen 2014, 235.

²²⁰ Podszun, Wirtschaftsordnung der Zivilgerichte, Tübingen 2014, 235 unter Hinweis auf *Böhm*, ORDO XVII (1966), 75 ff.

²²¹ Für ein solches Fairneß-Prinzip zuletzt insbesondere Podszun, Wirtschaftsordnung der Zivilgerichte, Tübingen 2014, 235, 268 f. (und öfter).

Statusbeziehungen (auch familienrechtlicher Art) bis heute ebenso schwer wie mit zivilrechtlich verfaßten Restbeständen ständischer Ordnungen, etwa in Registrierungserfordernissen, soweit diese keine neue Rechtfertigung gefunden haben. Das so grundverfaßte Privatrecht hat sich dementsprechend in allererster Linie am **hypothetischen Parteiwillen** und dessen Verwirklichung zu orientieren, wobei dieser nicht einseitig, sondern im Blick auf das **Konsenserfordernis** realistisch zu bestimmen ist. Die Privatrechtswissenschaft systematisiert die Großteils aus vormarktwirtschaftlichen Zeiten überkommenen wie auch die neuentwickelten Regeln anhand dieser Grundprinzipien.

2. Funktionen des Verbraucherrechts

Die im Ausgangspunkt unstreitige, erste Grundfunktion des Verbraucherrechts, nämlich der **Schutz vor den Risiken aus den Freiheiten des Marktes**, läuft den 269 klassischen Grundprinzipien des Privatrechts deutlich zuwider. Vor allem die Ziele Versorgung, fairer Preis und Präferenzenschutz – jenseits dispositiven Rechts – sind aus klassisch privatrechtlicher Perspektive nicht dessen Gegenstand. Eher schon weisen Privatrecht und Verbraucherrecht in ihrer Grundstruktur Berührungspunkte beim Schutz der körperlichen und personalen Integrität auf, zumal diese nicht allein auf den Ausgleich erlittener Vermögensschäden beschränkt ist, sondern Steuerungseffekte zumindest wohlwollend akzeptiert. Das ergibt sich bereits aus der Ersatzfähigkeit bestimmter immaterieller Schäden nach § 253 II BGB und § 7 BDSG sowie aus der über den materiellen Schadensausgleich hinausgehende Durchsetzung des allgemeinen Unterlassungsanspruchs analog § 1004 BGB. Die grundsätzliche Verfolgung aller fünf Ziele im Verbraucherrecht ist heute von einem breiten politischen Konsens getragen. Streitig sind insoweit nicht die Funktion des Verbraucherrechts, sondern im Einzelfall das Ausmaß der Schutzbedürftigkeit und des Schutzes sowie Art und Maß der eingesetzten Schutzinstrumente.

Für das Zusammenspiel von Privatrecht und Verbraucherrecht wichtig ist aber auch der Umstand, daß dem Verbraucherrecht – insoweit sogar im europäischen 270 Primärrecht verankert – unter dem Topos der **Förderung von Verbraucherinteressen** auch eine zweite Funktion zukommt, die im politischen Spektrum nicht generell konsentiert ist. Der damit verbundene Einsatz respective die Instrumentalisierung des Verbraucherrechts zu anderen als zu Zwecken des Schutzes vor den Risiken des Marktes ist Teil des Bemühens um eine Steuerung des sozio-ökonomischen Gesamtsystems von der Konsumseite her. Die

verfolgten Ziele dieser Steuerung reichen von partizipativen Ideen einer „Demokratisierung“ des Marktes über Nachhaltigkeitsziele, die sich etwa in Art. 3 LebensmittelinformationspflichtenVO bereits legislativ niedergeschlagen haben, bis hin zum Ziel einer Verwirklichung des Binnenmarktes durch Verbraucherbeteiligung.

271 Vor allem die letztgenannten Steuerungsziele sind für das Privatrecht in Deutschland noch nicht lange mehrheitsfähig. Ihnen wohnt zudem die Schwierigkeit inne, daß sie häufig nur generalklauselartig vorgegeben werden und kein konkordanzartiger Ausgleich mit den Freiheitsrechten der übrigen Marktakteure konkretisiert und damit herbeigeführt wird. Das Privatrecht tut sich in seiner Freiheitsorientierung mit derartiger Steuerung nach wie vor schwer.

3. Instrumentalisierung und Materialisierung von Privatrecht

272 So unvereinbar oder doch jedenfalls komplementär, wie Privatrecht und Verbraucherrecht nach dem Vorstehenden erscheinen, sind beide jedoch nicht. Das Privatrecht weist vielmehr seit jeher Tendenzen der Instrumentalisierung und Materialisierung auf, welche ihren Schwerpunkt freilich in **interpersonalen Statusbeziehungen** (Ehe, Partnerschaft, Kindschaft) und bei der **Eigentumsordnung** haben. Im übrigen sind traditionelle Elemente der Materialisierung von Privatrecht – abgesehen von korporatistischen Ideen in den dunklen Zeiten des 20. Jahrhunderts – lange eher rudimentär und überwiegend zumindest vordergründig systemimmanent erklärbar gewesen. Das gilt vor allem für den **Minderjährigenschutz** sowie den Schutz von Personen mit eingeschränkter Urteilsfähigkeit, wie er sich heute primär im **Betreuungsrecht** findet. Hier differenziert das Privatrecht bereits traditionell zwischen verschiedenen Gruppen von Marktteilnehmern und tut dies zu Schutzzwecken. Ähnliche materiale Freiheitsschranken begründen traditionell **Formerfordernisse**, von denen nicht alle mit staatlichen Steuerungsinteressen erklärbar sind. Das gilt insbesondere für die ebenfalls nach Personengruppen differenzierenden Formerfordernisse bei den Personalinterzessionen nach § 766 BGB und § 350 HGB.²²²

273 Hierbei ist die Privatrechtsentwicklung in Deutschland jedoch nicht stehengeblieben. Die **verfassungsrechtliche Durchdringung des Privatrechts** unter der Geltung des Grundgesetzes hat sowohl die

²²² Ähnliches dürfte sich für die Formerfordernisse nach §§ 780, 781 BGB und deren Einschränkung durch § 350 HGB nachweisen lassen.

uneingeschränkte Herrschaft des Freiheitsparadigmas als auch den Grundsatz formaler Gleichheit mit erheblichen Einschränkungen versehen. Auch wenn diese Einschränkungen in ihrer Mehrzahl – unter den Grundsätzen des klassischen Privatrechts ohnehin nicht gut erklärbare – Statusbeziehungen betroffen hat, gehört die Beschränkung von Freiheit und formaler Gleichheit heute zu den Realitäten des Privatrechts insgesamt. Ein wichtiges – über den Schutz einzelner Gruppen hinausgehendes – Beispiel ist die seit dem ABG-Gesetz von 1977 auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr geltende Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen. In Konkretisierung ohnehin vorhandener Generalklauseln wie § 242 BGB haben sich zudem zahlreiche weitere Einschränkungen ergeben.

Legislativer Ausdruck dieser Entwicklung ist die erhebliche Zunahme zwingender und halbzwingender Normen. Solche finden sich außer im Verbraucherrecht in großer Zahl etwa in den Bereichen des Mietrechts, des Arbeitsrechts oder auch des Antidiskriminierungsrechts. Soweit die betreffenden Vorschriften nur einzelne Gruppen schützen, begründen sie Ausnahmen sowohl vom Freiheitsparadigma als auch vom Grundsatz formaler Gleichheit.

274

Die Privatrechtswissenschaft faßt die legislativen, judikativen und dogmatischen Entwicklungen heute unter der Überschrift Materialisierung zusammen.²²³ Die damit eingeführte Unterscheidung zwischen einer formalen und einer **materialen Betrachtungsweise** betrifft gleich mehrere Aspekte des Privatrechts. Bei ihr geht es sowohl um die Frage einer **Vertragsgerechtigkeit** im Sinne einer Angemessenheit und Gleichgewichtigkeit des vertraglichen Leistungsaustauschs (vorliegend also vornehmlich die Frage der Preisfairneß aber auch des Präferenzenschutzes) als auch um die zweiteilige **Vertragsfreiheit**. Durch eine material verstandene Vertragsabschlußfreiheit werden auch gleiche Partizipationschancen (verbraucherschutzrechtlich also gleicher Zugang) gewährleistet, durch ein materiales Verständnis der Vertragsinhaltsfreiheit die Gelegenheit oder Möglichkeit der hinreichenden Durchsetzung eigener Interessen für den späteren Vertragsinhalt (verbraucherrechtlich also die Frage der Wahrung der eigenen Präferenzen).²²⁴

275

Dahinter stehen auch grundlegende ideologische Differenzen hinsichtlich des Vorverständnisses von der Funktion des Vertragsrechts, welche *Canaris* gelegentlich in der Paarung „liberal“ und „sozial“ festzuhalten versucht hat.

²²³ Grundlegend insoweit *Canaris*, ACP 200 (2000), 273 ff. Ferner *Mansel*, FS Henrich, 427, 439 ff. Zur historischen Entwicklung: *HKK/Haferkamp*, § 242, Rn. 21 ff.

²²⁴ Zum Vorstehenden *Auer*, Materialisierung, S. 23 f.

Diese mehrschichtige Idee der Materialisierung des Privatrechts ist dabei nicht auf das Freiheitsparadigma beschränkt, sondern betrifft – durch die Einschränkung von freiheitsbeschränkenden Materialisierungen auf bestimmte Personenkreise regelmäßig auch das Prinzip formaler Gleichheit.

Dementsprechend ist in der Literatur bereits der Versuch unternommen worden, das Prinzip nur formaler Gleichheit durch ein allgemeines privatrechtliches (materiales) Gleichbehandlungsgebot abzulösen, welches für Ausnahmen jeweils nach einer eigenen Rechtfertigung verlangt.²²⁵

II. Divergierende Strukturen und Leitideen

1. Strukturprinzipien des Privatrechts

Für die Strukturen beider Rechtsgebiete hat die geschilderte Entwicklung der
276 Materialisierung der Privatrechtsordnung freilich wenig verändert. In seiner Grundstruktur folgt das für Verbraucher relevante Privatrecht nach wie vor dem (bürgerlichen) **Freiheitsparadigma**, verbunden mit der Idee **formaler Gleichheit** als dem liberalen Restbestand des berühmten Trinoms der Französischen Revolution.²²⁶ Die wirtschaftlichen Freiheitsgrundrechte des Grundgesetzes sowie die Grundfreiheiten des Binnenmarktes haben dieses Freiheitsparadigma normativ geradezu in eine **Freiheitsvermutung** verwandelt, welche jede Form der Freiheitsbeschränkung rechtfertigungsbedürftig macht und formal unterschiedliche Behandlungen im Rahmen solcher Freiheitsbeschränkungen weitgehend ausschließt.

Zugleich lebt das **Privatrecht als dogmatisches System**, dessen Beherrschung
277 – von den Einflüssen der höherrangigen Regelungsebenen der Verfassung und des Europarechts abgesehen – nach wie vor den klassischen methodischen Instrumenten gehorcht. Dieses dogmatische System, das in den naturrechtlichen Gesetzgebungen des aufgeklärten Absolutismus ursprünglich auch der Vollständigkeit der staatlichen Erfassung der Lebensverhältnisse diene, repräsentiert heute ein immenses geronnenes Erfahrungswissen. Reaktionen der Zivilrechtspraxis wie der Zivilrechtswissenschaft auf staatliche Eingriffe werden bis in die jüngste Zeit auch mit dogmatischen Bedenken begründet, sodaß im dogmatischen System **auch ein Instrument der**

²²⁵ Dazu grundlegend *Grünberger*, Personale Gleichheit – der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, Baden-Baden 2013.

²²⁶ Liberté, égalité, fraternité.

Freiheitsverteidigung gegen den starken und steuernden Staat gesehen werden kann. Für die Akzeptanz privatrechtlicher Regeln mit Schutz- oder gar Steuerungsfunktion kommt es daher nach wie vor auf die Erklärbarkeit dieser Regeln mit den Mitteln der Zivilrechtsdogmatik an.²²⁷

Der Widerstand der Privatrechtsdogmatik gegen Versuche, privatrechtsdogmatische Systeme im Sinne einer größeren Freiheitsverwirklichung methodisch aufzubrechen,²²⁸ verdeutlichen aber auch, daß die Stärke des Privatrechts als dogmatisches System auf Beharrungskräften und Pfadabhängigkeiten zumindest ebenso beruht wie auf dem Willen zur Freiheitsverteidigung.

2. Strukturprinzipien des Verbraucherrechts

Grundstrukturen und Leitideen des Verbraucherrechts sind hingegen ganz andere. Das Verbraucherrecht als Verbraucherschutzrecht ist **primär** ²⁷⁸ **Schutzinstrument**. Es erhebt auch **keinen Vollständigkeitsanspruch**, sondern ist auf einzelne typisierte Schutzsituationen auch dort beschränkt, wo es privatrechtlich organisiert ist. Das Verbraucherrecht als Steuerungsinstrument über – ausschließlich politisch definierte – Verbraucherinteressen, steht, wo es privatrechtlich arbeitet, in einem kaum auflösbaren Spannungsverhältnis zum nach wie vor systematisch herrschenden Freiheitsparadigma. Arbeitet das Verbraucherrecht mit privatrechtlichen Mitteln, hat dies also Privatrechtsnormen zur Konsequenz, welche einer anderen Grundstruktur und anderen Leitideen gehorchen als das Privatrecht im Allgemeinen. Für diese Spannung zwischen der – nach klassischem Verständnis originären – Privatrechtsfunktion allgemeinen Privatrechts und den verbraucherrechtlichen Funktionen des verbraucherschützenden oder steuernden Verbraucherrechts hat sich bislang keine allgemeine strukturelle Lösung entwickeln lassen.

Als mehr oder weniger aussichtsreiche Versuche lassen sich insoweit Theorien vom Sonderprivatrecht²²⁹ oder die *Drexl'sche* Konzeption der wirtschaftlichen Selbstbestimmung des

²²⁷ Besonders deutlich wird dies etwa bei *Lobinger*, Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, Tübingen 2004.

²²⁸ Siehe einerseits *Schmidt-Kessel*, Europäisches Vertragsrecht, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre: Handbuch für Ausbildung und Praxis, 3. Auflage Berlin 2015, 373 ff. und andererseits *Möslein*, Dispositives Recht, Tübingen 2011.

²²⁹ Etwa *Reimann*, Das Sonderprivatrecht der Handels- und Verbraucherverträge, Tübingen 2009.

Verbrauchers²³⁰ begreifen. Ein allgemein akzeptiertes Miteinander der Regelungsideen hat sich dadurch – zumindest aus privatrechtlicher Perspektive – bislang nicht entwickelt.

Die Divergenz in Strukturen und Leitideen hat auch erhebliche Konsequenzen für
279 die Organisation des Verbraucherrechts und ihrer Verschiedenheit vom Privatrecht. Während man das Privatrecht als dogmatisches System zu verstehen hat, handelt es sich beim Verbraucherrecht um ein **teleologisches System**, dem die jeweils verfolgten **Telea wichtiger sind als die Stimmigkeit** des Systems. Zwar lassen sich auch die Telea des Verbraucherrechts in einer Weise dogmatisieren, daß daraus ein dogmatisches System des Verbraucherrechts entsteht, jedoch kommt es so zu keinem Gleichlauf mit dem dogmatischen System des Privatrechts. Da das Verbraucherrecht keine Vollständigkeit der Regelung der Lebensverhältnisse anstrebt und angesichts der Einseitigkeit der Zielsetzungen unter rechtsstaatlichen Bedingungen auch nicht anstreben kann, ist diese Systemdifferenz auch **dauerhaft unausräumbar**.

Sie wird im Gegenteil durch die Mehrebenensituation des Privatrechts wie des Verbraucherrechts und die teleologische Grundhaltung des Rechts der Europäischen Union noch verschärft.

3. Trennung und Integration

Verbraucherrecht und Privatrecht sind in Deutschland – legislativ wie
280 rechtswissenschaftlich – **lange weitgehend getrennte Wege** gegangen. Die Kodifikation von 1900 enthält, von wenigen Ausnahmen abgesehen, keine besonderen Rücksichtnahmen auf Konsumenten oder private Marktteilnehmer. Soweit entsprechende Gesetzgebungswerke bereits existieren, finden sie sich außerhalb der Kodifikation. Es liegt in der Konsequenz dieser Ausgangslage, daß sich das Verbraucherrecht – und damit auch das Verbraucherprivatrecht – über hundert Jahre hinweg damit außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs entwickelt hat.

Es nimmt dementsprechend nicht wunder, daß die gegen Ende zahlreichen verbraucherrechtlichen Sondergesetze bis zur Jahrhundertwende sowohl in der dogmatischen Literatur als auch im akademischen Unterricht ausschließlich in der Kommentarliteratur kaum eine oder doch nur eine ganz begrenzte Rolle gespielt haben. Die Behandlung des Abzahlungsrechts sowie später des Rechts der Haustürgeschäfte war insoweit lange Zeit eine Randerscheinung, wie es das Preisangabenrecht – abgesehen von seinen lauterkeitsrechtlichen Aspekten – bis heute darstellt. Die sondergesetzliche Regelung der AGB-Kontrolle bildete

²³⁰ Drechsel, Wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen 1998.

insoweit von Anfang an eine Ausnahme, weil diese – nicht zuletzt aufgrund weltanschaulicher Bedenken der Unionsparteien – nicht auf verbraucherrechtliche Fragestellungen begrenzt war.

Mit der weitgehenden Integration der verbraucherrechtlichen Sondergesetze durch die **Schuldrechtsmodernisierung** im Jahre 2002, der schon eine **281** Teilintegration durch das Fernabsatzgesetz im Jahre 2000 vorausgegangen war,²³¹ ist es legislativ zu einem **Paradigmenwechsel** gekommen, der – hinsichtlich der akademischen Beachtung – aufgrund der zunehmenden Rechtsprechungstätigkeit des Europäischen Gerichtshofs zu den vorhandenen verbraucherrechtlichen Richtlinien sowie durch das stark anschwellende Schrifttum zum Gemeinschaftsprivatrecht akademisch bereits zuvor eingeleitet worden war.²³² Für das deutsche Recht hatte dieser Paradigmenwechsel vor allem eine erhöhte Aufmerksamkeit für das Verbraucherprivatrecht zur Folge, das seitdem in Lehrbüchern wie Kommentaren und Aufsätzen zu den Standardgegenständen wissenschaftlicher Befassung ebenso gehört wie – sei es integriert in andere Vorlesungen, sei es als Sonderveranstaltung – Gegenstand des akademischen Lehrbetriebs ist.

Beim verbraucherschützenden Widerrufsrecht hatte der Gesetzgeber die Integration besonders weit getrieben und dieses als Sonderfall des gesetzlichen Rücktrittsrechts im Anschluß an die §§ 346 ff. BGB geregelt. Diese Regelung bewährte sich freilich nicht, weil sie – bedingt durch die signifikante Rechtsprechungsaktivität des Europäischen Gerichtshofs – eine ganze Reihe von Nachjustierungen und Nachbesserungen erforderlich machte. Zwischen 2002 und 2014 wurden allein die Regeln des verbraucherschützenden Widerrufsrechts fast zehnmal modifiziert und nur wenige Änderungen dienten der Umsetzung neuer oder neu gefaßter Richtlinien. Die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU durch das Gesetz vom 20.9.2013²³³ hat die Regelungsbereiche nun voneinander getrennt und das Widerrufsrecht vom Rücktrittsrecht autonom ausgestaltet.

Für Deutschland nie wirklich zur Debatte gestanden hat hingegen die Zusammenfassung des Verbraucherrechts in einer eigenen **282** verbraucherrechtlichen Kodifikation, dem **Verbrauchergesetzbuch**. Solche Kodifikationen finden sich in den umliegenden Mitgliedstaaten in relativ hoher Zahl und mit unterschiedlichem Erscheinungsbild. Sie sind überwiegend nicht auf privatrechtliche Aspekte beschränkt.

²³¹ Mit §§ 361a, 361b BGB a.F. gelangten seinerzeit erstmals allgemeine Regeln für das Widerrufsrecht ins BGB.

²³² Siehe insbesondere die von *Müller-Graff* herausgegebenen Bände sowie die Gründungen von ZEuP, ERPL.

²³³ Gesetz vom 20.9.2013 BGBl 2013, I, 3642 ff.

283 Kodifikationsartige Gesetze finden sich in Deutschland allenfalls ausnahmsweise bezogen auf bestimmte Branchen. Geradezu paradigmatisch in dieser Hinsicht ist das Gesetz über den Fernunterricht, welches sowohl die privatrechtlichen Verbraucherschutzvorschriften als auch die öffentlich-rechtlichen Zulassungs-, Überwachungs- und Sanktionierungsmechanismen wie auch Bußgeldtatbestände regelt. Dieses Sondergesetz ist wissenschaftlich kaum erschlossen.

284 Für das deutsche Recht hat insbesondere die **Debatte um die Integration der verbraucherschützenden Sondergesetze** in den Jahren 2000-2002 zu einer – leider nur begrenzten – Auseinandersetzung über das Privat- und Verbraucherrecht geführt. Dabei sind verschiedentlich große Zweifel an der Richtigkeit der Verortung im Privatrecht geäußert worden, welche sich aber in erster Linie auf die Integration in die privatrechtliche Kodifikation beziehen. *Dauner-Lieb* hat das Verbraucherrecht in der Kodifikation als systemstörend eingeordnet und damit letztlich insgesamt gegen eine privatrechtliche Ausgestaltung argumentiert.

Eine eigene Debatte über eine Sonderkodifikation wird in Deutschland kaum geführt.²³⁴ Theoretische Erklärungen sind hier vor allem für Italien durch *Irti*²³⁵ entwickelt worden. Diese bietet eine Erklärung für die Organisation von einzelnen Sektoren in intradisziplinären Kodifikationen neben der zivilrechtlichen Kodifikation.

285 In der Tat wird man feststellen müssen, daß die Integration in die Zivilrechtskodifikation **spürbare Systemstörungen** nach sich gezogen hat.

Diese sind zweifellos zu Teilen unabhängig von den unterschiedlichen Grundausrichtungen von Privatrecht und Verbraucherrecht. Vielfach liegt ihre Ursache etwa in erkennbar unionsrechtswidrigen Richtlinienumsetzungen durch den deutschen Gesetzgeber oder in mangelnder Offenheit des Umsetzungsrechts für nachfolgende Auslegungsakte des Europäischen Gerichtshofs.²³⁶ Auch die entstandene Unzuverlässigkeit zahlreicher sprachlicher Routinen des deutschen Privatrechts ist häufig mehr durch Richtlinienumsetzung und die divergierende europäische Terminologie verursacht als durch eine divergierende Grundausrichtung von Privat- und Verbraucherrecht.

²³⁴ Siehe aber den Vorschlag von *Micklitz*, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?, Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentags München 2012, Band I: Gutachten, A1 ff.

²³⁵ S. *Irti*, Codici di settore – Compimento della decodificazione?, in: Sandulli (Hrsg.), Codificazione, semplificazione e qualità della regolazione, Mailand 2005, S. 7 ff. mit einer Theorie der sektoralen Kodifikation.

²³⁶ Zu den neuen Qualitätsanforderungen an das Umsetzungsrecht s. *Schmidt-Kessel/Sorgenfrei*, GPR 2013, 242 ff.

Bewahrheitet haben sich allerdings die befürchteten Störungen aus dem **unterschiedlichen systematischen Zugriff** beider Rechtsgebiete. Diese schlagen sich nicht nur im Mehrebenensystem, sondern in dem Spannungsverhältnis aus dogmatischem System und teleologieorientierter europäischer und verbraucherrechtlicher Rechtsetzung nieder. Allerdings fragt sich, ob die so entstandenen Systemstörungen durch die technische Integration des Verbraucherrechts in die Zivilrechtskodifikation verursacht sind oder vielleicht mehr durch den Einsatz von Privatrecht zu verbraucherrechtlichen Zwecken.

Eine Reihe von Konfliktlinien beruht hier zweifellos auf dem Versuch, aus der Kaufrechtsrichtlinie und nach dem Vorbild des UN-Kaufrechts eine einheitliche Kaufrechtsgesetzgebung für das allgemeine Privatrecht wie für den Verbrauchsgüterkauf zu schaffen. Insoweit ergeben sich einzelne Konflikte bislang freilich vor allem aus fehlerhafter Richtlinienumsetzung und nicht aus dem Telos. Eine Ausnahme ist die Rechtsprechung zu den Aus- und Einbaukosten bei der Nacherfüllung (sowie deren Umsetzung in § 439 III BGB n.F.), welche mit der Grundsystementscheidung des deutschen Kaufrechts für eine verschuldensabhängige Schadensersatzhaftung kaum vereinbar erscheint. Soweit es um die Integration von Informationspflichten und Widerrufsrecht für besondere Vertriebsformen und Vertragsgegenstände geht, sind die betreffenden Systemstörungen freilich bislang ausgeblieben. Allein der Versuch einer legislatischen Integration des Widerrufsrechts in die gesetzlichen Rücktrittsrechte darf als gescheitert betrachtet werden. 286

Letztlich wird es angesichts des Grundkonflikts der Regelungsansätze von Verbraucherrecht und Privatrecht hier zu keiner Lösung kommen können. Auch die Sonderkodifikation ist insoweit keine, was etwa die breiten Debatten und großen praktischen Schwierigkeiten um die Abgrenzungsnormen zwischen Zivilrechtskodifikation und verbraucherrechtlicher Sonderkodifikation zeigen. Zudem lassen sich für die betreffenden Rechtsordnungen verdeckte Systemverschiebungen auch für das allgemeine Privatrecht diagnostizieren. Diese ergeben sich etwa aus dem Nebeneinander verschiedener Kaufrechtsregime im Verbraucherrecht einerseits und im Allgemeinen Privatrecht andererseits, die nicht ohne Rückwirkungen auf die allgemein privatrechtliche Systematik bleiben können. 287

Kapitel 5: Verbraucherschutz durch Verwaltungsrecht²³⁷

Literatur: *Schmidt-Kessel*, Überlegungen zur Stärkung des behördlichen Verbraucherschutzes – am Beispiel des Freistaats Bayern, *GewArch* 2016, 169 ff.

Verbraucherschutz durch Verwaltungsbehörden hat in Deutschland keine große Tradition. Dementsprechend **schwach und gestückelt** ist der Verbraucherschutz durch die öffentliche Verwaltung **in den Bundesländern** ausgestaltet. Anderes gilt nur dort, wo für bestimmte Branchen, Waren oder Dienstleistungen Sonderrecht geschaffen worden ist. Auf Bundesebene besteht solches Sonderrecht etwa für Finanzdienstleistungen, wo die verbraucherschützende Aufsichtstätigkeit der BaFin unlängst erst durch das Kleinanlegerschutzgesetz²³⁸ gestärkt worden ist, ferner den Telekommunikationsbereich, den Bereich der Energielieferung an Verbraucher sowie den Datenschutz. In einer Kombination von Europarecht, Bundesrecht und Landesrecht ist zudem der Bereich der Lebensmittelüberwachung ein weiteres Beispiel einer intensiven verbraucherschützenden Verwaltungstätigkeit. Auch wissenschaftlich ist eine Auseinandersetzung mit Fragen eines administrativen Verbraucherschutzes in Deutschland vor allem für bestimmte Spezialbereiche und Branchen festzustellen.²³⁹ Ein allgemeiner Zugang zu diesem Fragenkreis fehlt – anders als in anderen Staaten²⁴⁰ – bislang ganz überwiegend.²⁴¹ Auch eine umfassende Erfassung des administrativen Verbraucherschutzes in den

²³⁷ Die nachstehenden Ausführungen entsprechen in Teilen meinen Überlegungen in *GewArch* 2016, 169 ff. Landesrechtliche Beispiele sind – soweit nicht anders bezeichnet – dem bayerischen Landesrecht entnommen.

²³⁸ § 4 Ia FinDAG.

²³⁹ Siehe etwa *Bauschke*, Verbraucherschutz im öffentlichen Recht aus der Sicht des Lebensmittelrechts, Köln 2005; *Edelmann*, in Assmann, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Auflage München 2015, § 2; *Weiß*, Die rechtliche Gewährleistung der Produktsicherheit, Baden-Baden 2008.

²⁴⁰ Vgl. die rechtsvergleichenden Ausführungen und Länderberichte bei *Boom/Loos* (Hrsg.), Effective enforcement of consumer law. Securing compliance in Europe through private group action and public authority intervention, Groningen 2007; *Pavillon*, Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief, Deventer 2011; *Schmidt-Kessel/Germelmann/Herden* (Hrsg.), Die Regulierung des Datenschutzes und des Urheberrechts in der digitalen Welt. Eine vergleichende Untersuchung zu den USA, Großbritannien, Frankreich und Schweden, Jena 2015; *Schmidt-Kessel/Strünck/Kramme* (Hrsg.), Im Namen der Verbraucher? Kollektive Rechtsdurchsetzung in Europa, Jena 2015.

²⁴¹ Siehe aber *Hellermann*, VVDStRL 70 (2010) 366 ff. und *Durner*, VVDStRL 70 (2010) 401 ff. Ansätze für einzelne übergeordnete Fragenkreise finden sich auch etwa bei *Reimer*, Qualitätssicherung, Baden-Baden 2010. Ferner *Schmidt-Kessel*, *GewArch* 2016, 169 ff.

Bundesländern bleibt hingegen ein wichtiges Desiderat der Verbraucherforschung.²⁴²

289 Die **Funktionen des Verwaltungsrechts** beim Verbraucherschutz sind sehr unterschiedlich und werden in klassisch verwaltungsrechtlichen Zugängen – naturgemäß – nicht immer abgebildet.²⁴³ Eigene verwaltungsrechtliche Standards und reine Durchsetzungsfunktionen treffen sich und schlagen sich auch in Behördenstrukturen nieder. Die Befugnisse der mit dem Verbraucherschutz – regelmäßig nur ausschnittsweise – befaßten Behörden sind selten einmal systematisch aufbereitet und beruhen nicht selten auf historisch zufällig gewachsenen Gesetzesstrukturen. Soweit lediglich individuelle Rechtspositionen von Verbrauchern betroffen sind, stellt sich zudem die Frage nach dem Verhältnis von zivilprozessualer und verwaltungsrechtlicher Durchsetzung, welches für das klassische Gefahrenabwehrrecht überwiegend im sog. Subsidiaritätsprinzip verschlüsselt ist. Ebenfalls das Zusammenspiel mit dem Zivilrecht betrifft die Frage, ob und wie sich das Instrument der lauterkeitsrechtlichen Durchsetzung, das zumindest teilweise auch Behörden offensteht, im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsanforderungen an das Verwaltungshandeln auswirkt. Schließlich ist nach den Rechten der Verbraucherverbände als den Repräsentanten überindividueller Verbraucherinteressen in den Verwaltungsverfahren zu fragen.

I. Funktionen des Verwaltungsrechts im Verbraucherschutz: Standards und Durchsetzung

290 Verwaltungsrechtlicher Verbraucherschutz erfüllt verschiedene Funktionen, die nicht immer klar geschieden werden. Einerseits geht es um die Setzung von verbraucherschützenden Standards und Metastandards verschiedener Art.

²⁴² Dafür bereits *Schmidt-Kessel*, GewArch 2016, 169.

²⁴³ Gut sichtbar wird dies etwa bei den Versagungsgründen bei der Lehrgangszulassung nach § 12 II FernUSG: Nr. 1 begründet ein eigenes Qualitätskriterium (Eignung zur Erreichung des Lehrgangsziels), Nr. 3, 4 dienen der Durchsetzung der Metastandards (s.o. Rn. 135, 143 und u. 292, 294) Teilnehmerinformation und Inhaltskontrolle des Vertrags (insbesondere nach § 2 V FernUSG und nach §§ 307 ff. BGB) und Nr. 2 dient der – sachlich nicht eingeschränkten – Durchsetzung sonstiger Bestandteile der Sicherheit und öffentlichen Ordnung und damit auch sämtlicher sonstigen teilnehmerschützenden (also verbraucherschützenden) Anforderungen an die betreffenden Lehrgänge. Ob dazu – soweit nicht durch Nr. 4 abgedeckt – auch die zivilrechtlichen Standards nach §§ 2-10 FernUSG zählen (vgl. u. Rn. 296 ff.), harret der Klärung.

Andererseits ist das Verbraucherrecht Durchsetzungsinstrument für Standards verschiedener Provenienz. Bei der **Durchsetzungsfunktion** arbeitet das Verwaltungsrecht im Kern immer mit demselben Arsenal möglicher Maßnahmen (dazu u. ab Rn. 312 ff.). Ziel ist die Vermeidung künftiger und die Beseitigung vergangener Gefahren.

Aufgrund der inneren Struktur des polizeirechtlichen Gefahrenbegriffs als dem materiellen Kern und der Grundlage auch des verbraucherschützenden Verwaltungsrechts geht es dabei verbraucherrechtlich – außer in den Fällen von Integritätsverletzungen und regelmäßig auch dort – praktisch immer um **Verstöße gegen bindende Vorgaben** zugunsten von Verbrauchern. Die verbraucherrechtlich **geschützten Güter** (s.o. Kapitel 2 Rn. 106 ff.) sind überwiegend **rechtlich konstituiert** und durch zusätzliche rechtliche Zwischenebenen – Metastandards – geschützt. 291

Metastandards sind für den verwaltungsrechtlichen Verbraucherschutz typisch. Vor allem das Verwaltungsrecht selbst beschreibt die berechtigten Qualitätserwartungen von Verbrauchern selten unmittelbar. Zu den Ausnahmen gehören etwa zentrale Teile des Produkt- und Lebensmittelsicherheitsrechts oder der durch § 3 II MaBV erfolgende Insolvenzschutz durch Begrenzung von Vorleistungen. Ganz **überwiegend** wird aber auf **mittelbar wirkende Instrumente** gesetzt. Das repressive Verbot bestimmter Produktgruppen – etwa Feuerwerkskörper –, die Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit nach § 35 GewO, die Anforderungen der Landesjustizprüfungsordnungen als materielle Voraussetzungen der Befähigung zum Richteramt nach § 5 DRiG, die Informationspflichten nach §§ 2-5 DL-InfoV oder die Zulassungsbedürftigkeit von Fernlehrgängen nach § 5 FernUSG bestimmen weder die Qualität von Leistungen noch die berechtigten Sicherheitserwartungen, sondern sind Instrumente mittelbarer Qualitätssicherung. Sie begründen oder stützen sich auf Metastandards.²⁴⁴ Diese **Standards der Zwischenebene** – wie auch die eng verwandten privatrechtlichen Ergänzungsmechanismen für die Bestimmung geschuldeter Qualität oder berechtigter Sicherheitserwartungen – wirken ganz überwiegend überindividuell²⁴⁵ und bedürfen dann zur Entfaltung unmittelbarer 292

²⁴⁴ Siehe für eine erste Prägung des Begriffs *Jansen-Behnen*, Regulierungsmechanismen des Verbraucherschutzes im Maklerrecht, Tübingen 2017, 317 ff.

²⁴⁵ Ausnahmen ergeben sich bei der Begründung von individuellen Ansprüchen etwa bei – im Verbraucherschutzbereich bislang unbekannten – Direktansprüchen gegen Haftpflichtversicherer oder gegen andere Sicherungseinrichtungen wie den – gegen gesetzliche

und individueller Schutzwirkungen regelmäßig der Vermittlung durch – privatrechtliche – Transformationsnormen.

1. Verwaltungsrechtliche Standards und deren Durchsetzung

Der klassische Zugang verwaltungsrechtlichen Verbraucherschutzes ist die
293 **Setzung verwaltungsrechtlicher Standards durch den Gesetz- oder Verordnungsgeber und deren Durchsetzung mit verwaltungsrechtlichen Mitteln.** So formuliert etwa § 3 ProdSG in Absätzen I und II, daß ein Produkt nur auf den Markt gebracht werden darf, „wenn es bei bestimmungsgemäßer oder vorhersehbarer Verwendung die Sicherheit und Gesundheit von Personen nicht gefährdet“. Entsprechend verbietet Art. 14 I LebensmittelbasisVO Nr. 178/2002 das Inverkehrbringen von Lebensmitteln, „die nicht sicher sind“ und definiert dieses Merkmal in Abs. II durch die Gesundheitsschädlichkeit und die fehlende Verzehreignung. Beide Standards sind konkretisierungsbedürftig und werden durch in den Vorschriften selbst angegebene Kriterien sowie durch zahlreiche weitere gesetzliche oder verordnete Vorgaben ausgefüllt. Aber beide Vorschriften setzen Standards für die berechtigten Sicherheitserwartungen von Verbrauchern – als vertragliche Qualitätsstandards dienen sie hingegen nicht direkt, sondern bedürfen insoweit der Vermittlung durch die Regeln vertraglicher Qualitätsbestimmung vor allem in den §§ 434, 535a, 633 I BGB als den einschlägigen Transformationsnormen.

Typischer sind für das Verwaltungsrecht freilich – wie bereits erwähnt –
294 **Metastandards**, welche zu einer hohen Leistungsqualität respective einem hohen Integritätsschutz auf einer Zwischenebene beitragen. Informations-, Hinweis- und Warnpflichten – wie sie sich etwa auch in § 3 III-V ProdSG finden und deren Befolgung über Art. 14 III lit. b LebensmittelbasisVO Nr. 178/2002 auch in den Sicherheitsbegriff einbezogen wird – steuern Qualität und Sicherheit etwa nicht selbst, sondern sollen dem Verbraucher den nötigen Selbstschutz gestatten.²⁴⁶ In den Voraussetzungen der Zulassung von Produkten und Dienstleistungen oder von Anbietern oder in den Versagungsgründen für solche

Entschädigungseinrichtungen i.S.v. § 22 EinSiG richtigerweise öffentlich-rechtlich zu qualifizierenden – Kompensationsanspruch nach § 5 EinSiG.

²⁴⁶ Siehe *Jansen-Behnen*, Regulierungsmechanismen des Verbraucherschutzes im Maklerrecht, Tübingen 2017, 318 f. Der Übereilungsschutz durch – allerdings zivilrechtliche – Formerfordernisse, etwa § 3 I FernUSG oder § 3a I RVG, folgt derselben Logik.

Zulassungen finden sich ebenfalls wiederum Metastandards. So wird zwar nach § 12 II FernUSG das Lehrgangsziel des genehmigungspflichtigen Lehrgangs – außer auf Verstöße gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung, also vor allem gegen sonstige gesetzliche Vorgaben – nicht geprüft, jedoch ist der fehlende Nachweis hinreichender vorvertraglicher Unterrichtung der Teilnehmer nach § 16 FernUSG ein Grund zur Versagung der Zulassung des Lehrgangs. Mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, welche immer die Verbraucherpräferenzen aber ggf. auch andere Schutzziele gefährdet, ist – in sehr vielfältig ausgestalteten Regelungen – vielfach Voraussetzung der unternehmerischen Zulassung. Beispiele sind nicht allein die Anforderungen an die Eigenmittelausstattung vor allem von Instituten nach §§ 10 ff. KWG, sondern auch die zahlreichen Versagungs- und Widerrufsgründe wegen oder nach Eröffnung von Insolvenzverfahren²⁴⁷ sowie bei erlaubnisfreien Gewerben das Erfordernis hinreichender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit als Teil der erforderlichen Zuverlässigkeit i.S.v. §§ 35, 38 I GewO.²⁴⁸ Die Reihe ließe sich noch ganz weit fortsetzen.

Verwaltungsrechtlich erfolgt die **Durchsetzung** der jeweils einschlägigen Standards und Metastandards im Ausgangspunkt mit den Mitteln des 295 allgemeinen und besonderen Gefahrenabwehrrechts insbesondere durch die Wirtschaftsverwaltung. Beanstandungen und Untersagungen von Geschäftsgebaren oder – seltener – Geschäftsmodellen²⁴⁹ sind ebenso denkbar wie der Verlust von Zulassungen oder der Ausspruch einer Gewerbeuntersagung. Beseitigungsanordnungen kommen außerhalb des präventiven Integritätsschutzes eher selten vor. Erst recht gilt dies für Kompensationsanordnungen, deren Abgrenzung von der zivilrechtlichen Durchsetzung vorhandener Ansprüche wie auch von parallelen Strafverfahren schwierig ist.

²⁴⁷ Beispielsweise §§ 34b IV Nr. 2, 34c II Nr. 2, 34d II Nr. 2, 34f II Nr. 2 und 34i II Nr. 2 GewO (Versteigerer, Makler und Bauträger/Baubetreuer, Versicherungsvermittler und Finanzanlagenvermittler, Immobiliendarlehensvermittler) oder §§ 7 Nr. 9 (Versagungsgrund) und 14 II Nr. 7 (Widerrufsgrund) BRAO.

²⁴⁸ Siehe die detaillierte Behandlung bei Landmann/Rohmer/Marcks § 35 GewO Rn. 35 ff.

²⁴⁹ Siehe etwa die (angekündigte) Allgemeinverfügung nach § 4b I WpHG der BaFin zum Verbot der Vermarktung, des Vertriebs und des Verkaufs von Zertifikaten bezogen auf Bonitätsrisiken (sog. Bonitätsanleihen) an Privatkunden, vgl. die Anhörungsmitteilung 2016/1332459 vom 28.7.2016 und dazu die Stellungnahme des vzbv vom 31.8.2016.

2. Durchsetzung zivilrechtlicher Standards

Verbraucher **agieren am Markt in privatrechtlichen Formen**, insbesondere durch Vertragsschlüsse. Für den Zugang zu Leistungen, die Preisbestimmung und die Abbildung der Präferenzen aber zu wichtigen Teilen auch für den Schutz von körperlicher und personaler Integrität sind daher im Verbraucherrecht **privatrechtliche Standards** maßgebend. Zu deren Durchsetzung mit den Mitteln des Verwaltungsrechts ist zwar wegen der Zugehörigkeit auch der privatrechtlichen Standards zum gefahrenabwehrrechtlichen Schutzgut der öffentlichen Sicherheit auch das Verwaltungsrecht berufen, jedoch findet dies in Deutschland bemerkenswert wenig statt. Zu den Gründen dafür zählt zwar auch der Subsidiaritätsgrundsatz hinsichtlich des Schutzes privater Rechte durch die Sicherheitsbehörden,²⁵⁰ andere Gründe wie die besondere Effektivität lauterkeitsrechtlicher Durchsetzung, die ungünstige Behördenstruktur und -ausstattung wie auch die gesetzgeberische Abneigung gegen durch Ordnungswidrigkeitstatbestände bewehrte zivilrechtliche Pflichten dürften dazu aber mindestens ebensoviel beitragen.

Die Frage nach der Qualifikation der verbraucherschützenden Standards und – auch im Zivilrecht – Metastandards spielt dabei zweifellos eine unausgesprochene Rolle, kann aber sinnvoll nur für den Einzelfall beantwortet werden. Teilweise machen auch hinsichtlich der Bezugsnorm subdisziplin-unabhängige Transformationsnormen wie §§ 134, 823 II BGB und § 3a UWG eine Qualifikation entbehrlich. Soweit aber eine – auch – öffentlich-rechtliche Qualifikation einer Norm erfolgt, tritt auch die Frage der Vollzugs- und Durchsetzungsverantwortung stärker ins Bewußtsein, als dies bei rein zivilrechtlich gefaßten Standards der Fall ist. Die seltene Bewehrung mit Ordnungswidrigkeitentatbeständen jedenfalls führt bei ursprünglich zivilrechtlichen Normen zu einer Doppelqualifikation als auch öffentlich-rechtlich.

Unabhängig von Subsidiaritätsfragen führt das nicht nur für den Verbraucherschutz überwiegend überindividuelle Ansetzen des Verwaltungsrechts auch im übrigen zu **Einschränkungen**. So sind punktuelle Zivilrechtsverstöße für ein durchsetzendes Tätigwerden der Verwaltung regelmäßig nicht ausreichend. Erforderlich ist vielmehr eine **signifikante Häufung oder Regelmäßigkeit der Verstöße**.

Paradigmatisch insoweit ist die Ausgestaltung der neuen Befugnis des **BKartA** sowie der Landeskartellbehörden zu **Sektoruntersuchungen** betreffend Verbraucherrechtsverstößen nach § 32e V GWB: Voraussetzung für die Befugnis

²⁵⁰ Siehe Art. 2 II BayPolG.

zu der mit erheblichen Ermittlungsbefugnissen verbundenen Sektorenuntersuchung sind nämlich erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften. Zudem ist die Beeinträchtigung der Interessen einer Vielzahl von Verbrauchern erforderlich, so daß ein individualschützendes Tätigwerden von vornherein ausscheidet.

Weitere Befugnisse jenseits der einen „begründeten Verdacht“ voraussetzenden Ermittlungsbefugnisse kommen den jeweils zuständigen Kartellbehörden freilich nicht zu. Das Abstellen ermittelter Verstöße obliegt daher der Verwaltung im übrigen.

3. Behördliche Standardsetzung und Durchsetzung dieser Standards

Einen Sonderfall **vor allem des Regulierungsrechts** bildet die eigene verbraucherschützende Standardsetzung durch Behörden.²⁵¹ Dem **299** Regulierungsziel Verbraucherschutz²⁵² folgend kann die Regulierungsbehörde, insbesondere die BNetzA, Unternehmen durch Regulierungsverfügung auch zugunsten von Verbrauchern gesetzlich oder vertraglich ansonsten nicht vorgesehene Verpflichtungen auferlegen oder Rechte, insbesondere Entgelte²⁵³, beschränken. Diese Möglichkeit geht über Befugnisse zur Mißbrauchskontrolle²⁵⁴ hinaus und kann auch Qualitätsanforderungen umfassen.²⁵⁵

4. (Behördliche) Schlichtungsstellen und verwaltungsrechtlicher Verbraucherschutz

Eine aus Sicht von Gefahrenabwehr neuartig – aber noch nicht wirklich neu – ist die Einrichtung behördlicher Schlichtungsstellen für Verbraucherstreitigkeiten. **300** Sie steht nicht allein deshalb **außerhalb des klassischen Musters** behördlichen Verbraucherschutzes, weil diese Schlichtungsstellen zuvörderst individuell an der einzelnen Streitigkeit und nicht überindividuell ansetzen. Vielmehr fällt es auch schwer, in der überwiegend zu unverbindlichen Schlichtungsvorschlägen führenden Verfahrensweise von Schlichtungen einen Akt der

²⁵¹ Hierzu demnächst *Demmer*, Administrativer Verbraucherschutz im Energiesektor in Italien und Deutschland, vorauss. 2018.

²⁵² § 2 II Nr. 1 TKG; vgl. § 1 II EnWG.

²⁵³ S. §§ 27, 39 TKG und BGH EnWZ 2017, 80.

²⁵⁴ Vgl. BGHZ 163, 282 (*Stadtwerke Mainz*).

²⁵⁵ Bei der Energielieferung insbesondere auch die Qualität i.S.v. Netzzuverlässigkeit und Netzleistungsfähigkeit; s. §§ 19, 20 ARegV sowie dazu OLG Düsseldorf NJOZ 2016, 936.

Rechtsdurchsetzung zu sehen. Das gilt um so mehr, als § 19 I 2 VSBG für den Schlichtungsvorschlag auch bei behördlichen Schlichtungsstellen keine Rechtsanwendung sondern **lediglich die Ausrichtung am geltenden Recht** vorschreibt.

Konsequenterweise folgt das Verfahren behördlicher Schlichtungsstellen auch nicht den Verwaltungsverfahrensgesetzen des Bundes und der Länder, sondern wird durch § 28 VSBG i.V.m. den in Bezug genommenen weiteren Vorschriften des Gesetzes auf eigene Füße gestellt. Das VSBG lässt allerdings ausweislich § 28 I 3 VSBG Anforderungen aus anderen Rechtsvorschriften zu durch diese eingerichteten behördlichen Schlichtungsstellen den Vorrang und hat insoweit nur den Charakter eines subsidiär und ergänzend zur Anwendung gelangenden Allgemeinen Teils.²⁵⁶

301 Schlichtungsstellen dieser Art sind inzwischen **recht verbreitet**. Zu den wichtigsten auf **Bundesebene** zählen die *Verbraucherschlichtungsstelle Telekommunikation* nach § 47a TKG und die Schlichtungsstelle Post nach § 10 Postdienstleistungsverordnung (jeweils bei der BNetzA), die zur anerkannten *söp Schlichtungsstelle für den öffentlichen Personenverkehr e.V.* subsidiäre *Schlichtungsstelle Luftverkehr* beim BfJ gemäß § 57a I LuftVG, die ebenfalls nur subsidiär berufene Schlichtungsstelle bei der Deutschen Bundesbank für Ansprüche aus Finanzdienstleistungen nach § 14 I 1 Nr. 1-5 UKlaG bei der Deutschen Bundesbank sowie die wiederum nur mit Auffangfunktion versehene Schlichtungsstelle bei der BaFin nach § 14 I 1 Nr. 6 f. UKlaG und § 342 KAGB. Hinzu kommen Schlichtungsstellen bei **Kammern**, etwa nach § 191f BRAO bei der BRAK oder nach §§ 73 II Nr. 3, V, 56 II BRAO bei den einzelnen Rechtsanwaltskammern. Für diese sieht § 28 S. 2 VSBG zur Sicherstellung der Neutralität die Mitwirkung der Verbraucherverbände nach § 9 I VSGB vor. **Schlichtungsstellen nach Landesrecht** sind möglich, bestehen freilich ausweislich der beim BfJ geführten Liste derzeit nicht. Einrichtungen behördlicher Verbraucherschlichtungsstellen nach § 29 VSBG sind bislang ebenfalls nicht erfolgt.

302 Ein wesentlicher Aspekt der ADR-Richtlinie 2011/13/EU war die **Zusammenarbeit von Verbraucherschlichtungsstellen und Behörden**. Die deutsche Umsetzung in § 34 IV VSBG verkürzt diese Zusammenarbeit – jenseits der regelmäßig zu veröffentlichenden Berichte – auf eine Auskunftspflicht der nach § 2 VSchDG zuständigen Behörde. Diesem – gegenüber den Richtlinienvorgaben zu eng geratene – Auskunftsanspruch wird teilweise recht

²⁵⁶ In diesem Sinne auch Roder/Röthemeyer/Braun/*Braun*, § 3 Rn. 26.

skeptisch begegnet²⁵⁷, teilweise werden gerade im Blick auf überindividuelle Konfliktsituationen große Hoffnungen in ihn gesetzt.²⁵⁸ Auf letztere ist die Vorschrift gemünzt, wenn § 34 III, IV VSBG die Auskunftspflicht auf solche Geschäftspraktiken beschränkt, die **auffällig häufig Anlaß** für Anträge auf Durchführung von Streitbeilegungsverfahren waren.

Anders als der Umgang mit dem wenig bekannten VSchDG bisweilen suggerieren mag,²⁵⁹ steht ein solcher Auskunftsanspruch freilich nicht allein dem BMJV, sondern auch weiteren Behörden zu. Dazu zählt neben dem Luftfahrt-Bundesamt und dem Eisenbahn-Bundesamt sowie in einigen eng begrenzten Fällen Landesbehörden auch die BaFin. Zu beachten ist freilich, daß § 34 IV VSBG zum einen – zumindest dem Wortlaut nach – voraussetzt, daß die in § 2 VSchDG zuständig sind, was nur die Fälle des grenzüberschreitenden verwaltungsrechtlichen Verbraucherschutzes unter der VerbraucherrechtsdurchsetzungsVO Nr. 2006/2004 betrifft. Reine Inlandsfälle würden also nicht zur Auskunft berechtigen. Das BMJV verfügte auch für Inlandsfälle über keinerlei Vollzugskompetenzen; § 34 IV VSBG führt insoweit in eine kommunikative Sackgasse. Zudem hat nur ein Bruchteil der mit dem administrativen Verbraucherschutz befaßten Behörden die Möglichkeit, Auskunft zu verlangen. Während dies für die Landesbehörden landesrechtlich zu regeln wäre, klaffen im Katalog des § 2 VSchDG bundesrechtlich unverständliche Lücken. Das gilt vor allem – unlängst mit § 33e V GWB verbraucherrechtlich aufgewertete – BKartA aber auch etwa für die BNetzA.

Unklar ist ferner die Geltung der **Auskunftspflicht bei behördlichen Verbraucherschlichtungsstellen**. Zu den in § 28 VSBG genannten Normen 303 zählt § 34 VSBG jedenfalls nicht. Für – bislang hypothetische – landesbehördliche Verbraucherschlichtungsstellen ließe sich eine Auskunftspflicht bundesrechtlich auch schwerlich begründen. Andererseits bezieht sich § 34 II VSBG ausdrücklich auch auf behördliche Schlichtungsstellen. Auch wäre schwer nachzuvollziehen, weshalb bei den rein subsidiären Schlichtungsstellen eine Auskunftspflicht durch – regelmäßig staatlich (mit-)finanzierte – Errichtung einer private Schlichtungsstelle entstünde, die ohne diese Errichtung nicht besteht. Selbst soweit dies zur Auskunftspflichtigkeit auch staatlicher Schlichtungsstellen führt bleibt die Regelung der damit entstehenden Behördenkooperation höchst lückenhaft und unbefriedigend. Auch für die rein innerbehördliche Zusammenarbeit etwa der Schlichtungsstelle bei der BaFin

²⁵⁷ Etwa Roder/Röthemeyer/Braun/Braun, § 3 Rn. 113-115 (mit dem Plädoyer für eine enge Auslegung und seltene Anwendung).

²⁵⁸ Insbesondere Frank/Henke/Singbartl, Das Verbraucherstreitbeilegungsgesetz – Auswirkungen auf den kollektiven Rechtsschutz?, VuR 2016, 333, 338 ff. (für eine weite Auslegung der Vorschrift).

²⁵⁹ Vgl. auch die lediglich mögliche Aktivitäten des BMJV ansprechenden Frank/Henke/Singbartl, Das Verbraucherstreitbeilegungsgesetz – Auswirkungen auf den kollektiven Rechtsschutz?, VuR 2016, 333, 338.

nach § 14 I 1 Nr. 6 f. UKlaG und § 342 KAGB mit der verbraucherschützenden Aufsicht innerhalb der BaFin besteht keine – das Verhältnis insbesondere zu § 22 VSBG auch nur annähernd klärende – Regelung.

II. Behördenstrukturen im Verbraucherschutz

Schwächen des behördlichen Verbraucherschutzes zeigen sich zunächst in
304 den maßgebenden Behördenstrukturen. Soweit keine Sonderbehörden mit der Sicherstellung und Durchsetzung des Verbraucherschutzes betraut sind, wie etwa das Landesamt für Datenschutzaufsicht,²⁶⁰ bleibt es in den Ländern vielfach beim **klassischen dreigliedrigen Aufbau** mit dem zuständigen (Staats-) Ministerium an der Spitze, den Regierungen als Mittelbehörde und den unteren Behörden. Dabei sind die Zuständigkeiten auf den unteren Ebenen in Bayern noch zwischen den regelmäßig zuständigen Kreisverwaltungsbehörden, also den Landratsämtern sowie nach Art. 9 I 1 BayGO den kreisfreien Gemeinden, und den Gemeinden im übrigen aufgeteilt.²⁶¹

1. Allgemeine Behörden mit Verbraucherschutzfunktion

Für den administrativen Verbraucherschutz bedeutet das – vorbehaltlich
305 speziellerer Regelungen – bei **nichtgewerblichen Anbietern** in erster Linie die Berufung der **Gemeinden** als Sicherheitsbehörden und damit als allgemeine Behörden für den administrativen Verbraucherschutz.²⁶² Für die praktisch wichtigen Fälle gewerblicher Unternehmen obliegt der durch **Vollzug der Gewerbeordnung** sicherzustellende Verbraucherschutz in Bayern zwar grundsätzlich den **Kreisverwaltungsbehörden**,²⁶³ jedoch sind zahlreiche Aufgaben in diesem Bereich den Gemeinden generell, bestimmten Gemeinden,

²⁶⁰ Artt. 34 f. BayDSG.

²⁶¹ Ähnliche Strukturen weisen – abgesehen von den Stadtstaaten und trotz teilweiser Abschaffung der herkömmlichen Mittelbehörden – auch die übrigen Bundesländer auf. Siehe allgemein zu diesen Strukturen etwa *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2015, 52 ff. und *Erichsen/Ehlers/Burgi*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, 304 ff. Zu einem möglichen Verzicht auf Mittelbehörden siehe etwa aus bayerischer Perspektive *Müller*, DÖV 1994, 533 ff.

²⁶² Art. 6 BayLStVG i.V.m. dem Grundsatz der Subsidiarität (dazu VGH München BayVBl, 1974, 471 ff. sowie VGH München BayVBl 1998, 370 ff.)

²⁶³ § 37 I BayZustV.

den Industrie- und Handelskammern sowie den Handwerkskammern zugewiesen.²⁶⁴

Beispiel: Für Online-Partnervermittlungen ergibt sich in Bayern für die Gewerbeanmeldung eine Zuständigkeit der Gemeinden²⁶⁵ und zwar auch für eine ggf. erforderliche Betriebsschließung mangels Anmeldung.²⁶⁶ Daneben sind zur Entgegennahme der Gewerbeanzeige nach § 14 I GewO auch die Industrie- und Handelskammern sowie die Handwerkskammern berufen.²⁶⁷ Die nach § 38 GewO erforderliche Zuverlässigkeitsprüfung der Online-Partnerschaftsvermittlung als überwachungsbedürftiges Gewerbe²⁶⁸ erfolgt dann in jedem Fall durch die Gemeinde und deren Gewerbeamt.²⁶⁹ Eine ausdrückliche Zuweisung von Zuständigkeiten für Maßnahmen der Überwachung findet hingegen nicht statt, ist aber gleichfalls den Gemeinden vorbehalten. Mangels ausdrücklicher Zuweisung wird freilich davon auszugehen sein, daß eine anlaßlose Überwachung auch der Unternehmen im Sinne von § 38 GewO in der Praxis kaum einmal stattfindet.

Sehr viel klarer ist hingegen die Zuweisung von Zuständigkeiten in besonders geregelten Bereichen wie der Lebensmittelsicherheit.

306

Für die Lebensmittelüberwachung sind dies in Bayern als untere Behörden die Kreisverwaltungsbehörden sowie die kreisfreien Gemeinden,²⁷⁰ die fachlich vor allem vom Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit unterstützt werden. Diesem sind durch die Verordnung über die Einrichtung der Bayerischen Landesämter für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit sowie für Umwelt zusätzliche Aufgaben zugewiesen, die insbesondere überörtliche Maßnahmen betreffen.²⁷¹ Diese Zuständigkeit wird insbesondere von der Spezialeinheit Lebensmittelsicherheit beim Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit wahrgenommen.²⁷² Für große, überregional tätige Betriebe übernimmt zum 1.1.2018 die neu eingerichtete Bayerische Kontrollbehörde für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen nach Art. 5a BayGDVG aufgrund des dann in Kraft tretenden § 9 BayGesVSV die einschlägigen Kontroll- und Vollzugsaufgaben.

²⁶⁴ § 37 II-IX BayZustV.

²⁶⁵ § 37 III 1 Nr. 1 BayZustV.

²⁶⁶ § 15 II GewO i.V.m. § 37 III 2 BayZustV.

²⁶⁷ § 37 VII 1 BayZustV.

²⁶⁸ § 38 I Nr. 3 GewO.

²⁶⁹ § 37 VII 2 BayZustV und ordnet dementsprechend die unverzügliche Weitergabe der bei den Industrie- und Handelskammern sowie Handwerkskammern eingegangenen Gewerbeanzeigen an die Gemeinden an, damit diese die Überprüfung durchführen können.

²⁷⁰ Artt. 3 I Nr. 2, 4 I 3 Nr. 1 BayGDVG.

²⁷¹ § 2a BayLAV-UGV.

²⁷² § 2a BayLAV-UGV.

2. Unzureichende Eignung der bestehenden Behörden

Die verbreitete Schwäche der unteren Behördenebene beim administrativen Verbraucherschutz ergibt sich allerdings nicht in erster Linie aus der – hier für Bayern teilweise nachgezeichneten – **Unübersichtlichkeit der Aufgabenzuweisungen**. Die in der Regel berufenen Behörden auf kommunaler Ebene verfügen vielmehr häufig nicht über die hinreichenden **Ressourcen**, und zwar weder im Hinblick auf die finanzielle und die zahlenmäßig personelle Ausstattung noch hinsichtlich einer hinreichenden Informiertheit der Mitarbeiter in den vor allem gemeindlichen Gewerbeämtern. Die fachliche Breite der maßgebenden Bestimmungen für den Verbraucherschutz im Allgemeinen, die von diesen Personen zu beachten wären, sind mit diesen Ausstattungen, selbst bei höchster individueller Leistungsfähigkeit und Motivation, in aller Regel nicht zu bewältigen.²⁷³

Die durch Art. 5a BayGDVG und § 9 BayGesVSV erfolgte Konzentration besonders anspruchsvollen administrativen Verbraucherschutzes auf die Bayerische Kontrollbehörde für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen hat hier ihre zentrale strukturelle Ursache. Dasselbe gilt für die neuen Befugnisse des BKartA und – richtigerweise²⁷⁴ – der Landeskartellbehörden nach § 32e V GWB, die zu einer Zentralisierung zumindest der neuen Befugnis zur Sektoruntersuchung auf Bundes- respective Landesebene führen.

Hinzu kommt häufig ein **Fehlen des hinreichenden Eigeninteresses** der zuständigen Behörden. Insbesondere kommunale Wahlbeamte werden nicht deshalb wiedergewählt, weil sie lokale Unternehmen, also Arbeitgeber und Gewerbesteuerzahler, gegebenenfalls auch mit Gewerbeuntersagungen zur Einhaltung verbraucherrechtlicher Standards zwingen. Ein Eigeninteresse an administrativem Verbraucherschutz fehlt um so mehr, als die für Verbraucher negativen Effekte außerhalb der maßgebenden kommunalen Gebietskörperschaft auftreten.

Beispiel: Für die Online-Partnervermittlung zeigen sich diese Schwachpunkte in voller Schärfe: Kommunale Gewerbe- und Ordnungsämter werden in der Regel nicht imstande sein, die

²⁷³ Die Debatte des Jahres 2010 um die richtige Zuständigkeit für die Überwachung der kleinen Anlageberater (vgl. etwa *Zingel/Varadinek*, BKR 2012, 177) ist gerade auch vor dem Hintergrund dieser typischen Schwäche der Gewerbeämter zu sehen. Zur Beantwortung der Zuständigkeitsfrage durch die Bundesländer s. BeckOK-GewO/*Will* § 34f GewO Rn. 125-130 sowie Landmann/Rohmer/*Schönleiter* § 34f GewO Rn. 28-32.

²⁷⁴ Die Eingangsformulierung von § 32e V GWB läßt sich richtigerweise nicht als Kompetenzzuweisung nur an das BKartA deuten. Dafür spricht vor allem die über § 32e IV, V 3 GWB maßgebende Regelung des § 49 I 2 GWB, wonach die ein Verfahren einleitende oberste Landesbehörde das BKartA zu informieren hat.

verbraucherschützende Rechtsentwicklung für diese Branche zu verfolgen. Zugleich schlagen sich die Auswirkungen von unternehmerischem Fehlverhalten nur sehr begrenzt lokal nieder. Das Interesse an einer verwaltungsrechtlichen Durchsetzung verbraucherrechtlicher Standards wird also nicht zu den vordringlichen Prioritäten der einschlägigen Stellen zählen.

Beispiel: Die lebensmittelrechtliche Behördenorganisation hält hingegen sowohl hinsichtlich der Ausstattung als auch hinsichtlich des Problems fehlenden Eigeninteresses Lösungen bereit, die an beiden Punkten Abhilfe zu schaffen suchen. Das gilt in Bayern am 1.1.2018 für die bereits behandelte Zentralisierung der Befugnisse bei der Bayerischen Kontrollbehörde für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen (Art. 5a BayGDVG und § 9 BayGesVSV) für große überregionale Unternehmen. Unterhalb der dafür maßgeblichen Schwellen besteht zum einen die fachliche Unterstützung der unteren Ebene durch das Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit und es besteht zum anderen für wesentliche Fälle fehlenden Eigeninteresses bei überörtlichen Effekten lebensmittlerechtlichem Fehlverhaltens von Unternehmen eine eigene Vollzugszuständigkeit des Landesamtes – bei Fällen lokaler Gefahr für die Lebensmittelsicherheit besteht ohnehin ein hinreichendes Eigeninteresse der lokalen Behörden.

3. Landesämter für Verbraucherschutz als Alternative

Rechtspolitisch sollte daher verstärkt über die Einrichtung eigener Verbraucherschutzbehörden auf Landesebene, insbesondere für den Bereich **309** des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes, nachgedacht werden, um den Grenzen kommunaler Verwaltungsressourcen wie auch den Grenzen kommunaler Interessen beim administrativen Verbraucherschutz wirksam zu begegnen und dabei zugleich die Kommunen von einer für sie nach Art und Ausmaß nicht tragbaren Aufgabe zu entlasten.

Mit der Bayerischen Kontrollbehörde für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen ist es dort bereits für einen wichtigen Teilbereich zu einer solchen Gestaltung gekommen; sie sollte auf ihre Verallgemeinerungsfähigkeit geprüft werden. Die neue Befugnis der Landeskartellbehörden nach § 32e V GWB könnte Anlaß sein, deren – für Bayern zweifellos mit der Ausgliederung aus dem StMWi verbundener – Ausbau zu allgemeinen Verbraucherschutzbehörden zu erwägen. Dabei wäre auch die für den Verbraucherschutz – womöglich auch verfassungsrechtlich – problematische Kompetenzverteilung des § 48 II GWB zwischen BKartA und Landeskartellbehörden auf den Prüfstand zu stellen. Mit der durch § 32e V GWB erfolgten partiellen Umwidmung der Kartellbehörden in – grundsätzlich nach wie vor den Ländern vorbehaltene – Sicherheitsbehörden paßt die expansive Regelung des § 48 II 1 GWB nicht zusammen und ebensowenig eine die Zuständigkeit beim BKartA monopolisierende Auslegung von § 32e V 1 GWB.

Für die **Ausgestaltung eines solchen Landesamts** kommen sehr verschiedene Gestaltungen in Betracht, die sich zwischen einer mehrgliedrig und auch regional **310** aufgestellten eigenständigen Parallelstruktur mit vollständig eigenen Befugnissen („Verbraucherschutzpolizei“) bis hin zu einer reinen Beratungsstelle

zur Unterstützung der zuständigen Behörden bewegen. Richtig wäre wohl ein Mittelweg, eine Landesbehörde der sowohl eine Beratungsfunktion als auch eigene Eingriffsbefugnisse zugeschrieben werden. Diese Eingriffsbefugnisse müßten sowohl zur Unterstützung örtlicher Behörden als auch bei überörtlichen Mißständen und großen Unternehmen zum Einsatz kommen. Zusätzlich sollte ein Landesamt auch die personellen Kapazitäten besitzen, sich mit Sektoruntersuchungen jeweils bestimmten Branchen zu widmen.

Wegen der starken Skandalgetriebenheit der Lebensmittelüberwachung ist hingegen eine Verbindung mit der Lebensmittelüberwachung – also vor allem dem Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit sowie der Bayerischen Kontrollbehörde für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen nicht zu empfehlen. Die besonderen Risiken des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes, also des Zugangs, der Preisfairneß und des Schutzes der Verbraucherpräferenzen, sind deutlich andere als im Bereich der Lebensmittelsicherheit und sollten nicht Gefahr laufen, von diesem überlagert zu werden.

- 311 Eine völlig offene und besonders klärungsbedürftige Frage ist hingegen diejenige nach der richtigen Einordnung einer solchen Behörde in die Staatsverwaltung. Denkbar erscheint sowohl eine **Einordnung in die Hierarchie** als auch die **weitgehende Weisungsabhängigkeit** nach dem Agenturmodell. Hierbei sind sowohl schwierige Fragen der Unabhängigkeit als auch der demokratischen Legitimation und politischen Verantwortung zu bedenken. Denkbar wäre es auch einer solchen Behörde eine eigene Klagebefugnis vor den Zivilgerichten nach dem Unterlassungsklagenrecht und dem Lauterkeitsrecht einzuräumen. Allerdings bestehen Zweifel, ob dies im Hinblick auf die bestehende bundesrechtliche Regelung landesrechtlich möglich ist.

III. Befugnisse Verbraucherschützender Verwaltungsbehörden

- 312 Ein **übergreifendes System** von Befugnissen eines allgemeinen administrativen Verbraucherschutzes besteht in Deutschland **weder auf Bundes- noch auf Landesebene**. Auch zu diesem Punkt finden sich ausgeprägte und damit rechtstaatlich abgesicherte Regelungen nur für Spezialmaterien wie dem Lebensmittel- oder – seit jüngstem – dem Finanzsektor.

Die Befunde bei den Befugnissen lassen dabei noch mehr rechtspolitischen Handlungsbedarf erkennen als bei den Aufgabenzuweisungen.

- 313 Für den allgemeinen administrativen Verbraucherschutz sieht das **Gewerberecht** lediglich **Ermächtigungsgrundlagen für bestimmte Einzelakte** gegenüber Unternehmen vor, deren Anwendung auf Mißstände zu Lasten von

Verbrauchern, insbesondere im Bereich des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes, in vielerlei Hinsicht unklar ist. Landesrechtlich wäre zwar in vielen Bundesländern ein Rückgriff auf das **allgemeine Gefahrenabwehrrecht** möglich, das Polizei und Sicherheitsbehörden regelmäßig mit allgemeinen Befugnissen ausstattet. Jedoch bestehen auch insoweit erhebliche Unsicherheiten, soweit es um verbraucherschützende Standards geht.

Für den Freistaat Bayern besteht zudem wegen der kleinen Generalklausel des Art. 7 BayLStVG – dem liberalen Herz des bayerischen Sicherheitsrechts – keine allgemeine Befugnis der Sicherheitsbehörden zur Verfolgung sämtlicher Schutzziele des Verbraucherrechts. Die Vorschrift räumt – im Gegensatz zu den in den übrigen Bundesländern bestehenden Generalklauseln – den bayerischen Sicherheitsbehörden eigene Befugnisse zur Gefahrenabwehr nur bei Straftaten, Ordnungswidrigkeiten oder verfassungsfeindlichen Handlungen sowie bei Gefahren für Leben, Gesundheit, Freiheit und für Sachwerte von öffentlichem Interesse ein.

1. Ermittlungsbefugnisse

Zu den **besonderen Stärken** administrativen Verbraucherschutzes zählen zunächst die Ermittlungsbefugnisse der zuständigen Verwaltungsbehörden. **314** Insbesondere reichen diese Befugnisse – trotz aller bekannten Unzulänglichkeiten in ihrer Anwendung – erheblich weiter, als die Auskunftsrechte und Erkenntnismöglichkeiten der Verbraucherverbände; letzteres gilt auch insoweit als diesen politisch ausdrücklich eine Marktwächterfunktion zugewiesen wird.

Die einschlägigen Ermittlungsbefugnisse ergeben sich freilich noch nicht aus dem in den Verwaltungsverfahrensgesetzen vorgesehenen allgemeinen Untersuchungsgrundsatz,²⁷⁵ der für sich genommen keine Ermächtigungsgrundlage bildet. Unter welchen Voraussetzungen Verwaltungsbehörden allgemein zu Zwecken des Verbraucherschutzes in Rechte von Bürgern, insbesondere von Unternehmen, eingreifen dürfen, um diesem Untersuchungsgrundsatz gerecht zu werden, ist allerdings nicht gesichert.

Für das allgemeine Sicherheitsrecht wird insoweit ganz generell über die Voraussetzungen für sog. **Gefahrerforschungseingriffe** diskutiert, deren **315** Zulässigkeit ihrerseits vom Vorliegen einer konkreten Gefahr für die öffentliche Sicherheit abhängt.²⁷⁶ Anlaßlose Ermittlungseingriffe sind hingegen ohne

²⁷⁵ Art. 24 BayVwVfG sowie § 24 VwVfG des Bundes.

²⁷⁶ Zudem ist zweifelhaft, ob sich diese Fallgruppe wesentlich über die Altlastenfälle als ihrem historischen Ursprung wird ausdehnen lassen; vgl. zu Voraussetzungen und Grenzen des Gefahrerforschungseingriffs VGH München, DVBl 1986, 1283, 1284; HessVGH NVwZ 1993, 1009, 1010; Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, Kapitel 2 Rn. 148; Heckmann in:

gesonderte Ermächtigungsgrundlage nicht möglich. Insbesondere setzt eine generelle Marktüberwachung eine entsprechende Befugnis der Verwaltungsbehörden voraus, an der es für den Verbraucherschutz im allgemeinen fehlt. Auch soweit sich aus konkreten Tatsachen eine hinreichend konkrete Gefahr respective ein hinreichend konkreter Gefahrenverdacht erschließen läßt, ergibt sich daraus für den Freistaat Bayern zwar eine Aufgabeneröffnung für die Gefahrenabwehr, jedoch noch keine Befugnis zu Ermittlungseingriffen²⁷⁷ und erst recht keine allgemeine Mitwirkungspflicht des Unternehmers an der Aufklärung, auf die sich die Behörden stützen könnten.

316 Für bestimmte Gewerbe begründet § 29 GewO hingegen besondere Überwachungsbefugnisse, die auf **Auskunftsverlangen und Betretensrechte** („Nachschau“) gerichtet sind. Die zuständigen Behörden können danach ohne besonderen Anlaß von den betroffenen Unternehmern (auch zum Zwecke des Verbraucherschutzes), ohne daß dies ausdrücklich erwähnt wird, verlangen, daß die für die Überwachung des Geschäftsbetriebs erforderlichen mündlichen und schriftlichen Auskünfte unentgeltlich erteilt werden. Zudem besteht die Befugnis, zum Zwecke der Überwachung Grundstück und Geschäftsräume des Unternehmers zu betreten und dort Prüfungen und Besichtigungen vorzunehmen, sich geschäftliche Unterlagen vorlegen zu lassen und in diese Einsicht zu nehmen. Diese Befugnisse sind freilich im Kern auf **erlaubnispflichtige und i.S.v. § 38 GewO überwachungsbedürftige Gewerbe** beschränkt und finden außerhalb dieses engen Anwendungsbereichs nur Anwendung, wenn ein Untersagungsverfahren, vor allem ein solches i.S.v. § 35 GewO bereits eröffnet wurde. Die Befugnis zur anlaßlosen Überwachung rechtfertigt sich also mit der erhöhten Risikogeneigtheit der betreffenden Gewerbe. Eine flächendeckende Überwachung zum Zwecke des Verbraucherschutzes gestattet auch diese Vorschrift – aus guten Gründen – nicht. Sie beseitigt freilich auch nicht die Unklarheiten darüber, wann gegenüber weder überwachungsbedürftigen noch erlaubnispflichtigen Gewerben Ermittlungseingriffe vorgenommen werden dürfen.

Becker/Heckmann/Kempen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, Kapitel 3 Rn. 133; Schenke in: FS Friauf 1996, S. 472 ff.; Kniesel, DÖV 1997, 905, 907.

²⁷⁷ § 7 II BayLStVG stellt auch in puncto Ermittlungseingriffe eine erhebliche Beschränkung der Befugnisse der Bayerischen Sicherheitsbehörden dar, die freilich im Bereich der Ermittlungen durch Weisungen an die nach Art. 9 BayPAG ebenfalls berufene Polizei aufgefangen werden kann.

Für das besondere Beispiel der Online-Partnervermittlung als überwachungsbedürftiges Gewerbe²⁷⁸ sind damit der zuständigen Behörde immerhin die besonderen Überwachungsbefugnisse nach § 29 GewO eröffnet. Andere Portalbetreiber unterliegen diesen grundsätzlich nicht. Für den Lebensmittelbereich bestehen hingegen sehr weitreichende Überwachungsbefugnisse, die ein anlaßloses Einschreiten zu Ermittlungszwecken gestatten und sich auch in den landesrechtlichen Aufgabenbestimmungen in Artt. 1 III Nr. 4 sowie 21 BayGDVG sowie nunmehr auch in der Bezeichnung der bayerischen Kontrollbehörde für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen niedergeschlagen haben. Die entsprechenden Befugnisse zur Überwachung von Unternehmen im Lebensmittelbereich ergeben sich dann aus Artt. 15 und 18 Lebensmittelkontroll-VO (EG) Nr. 882/2004²⁷⁹ sowie § 39 LFGB, der lebensmittelrechtlichen Generalklausel des deutschen Rechts, die auch Ermittlungsmaßnahmen rechtfertigt.²⁸⁰

Vor diesem Hintergrund begründen die im Rahmen der neuen **Sektoruntersuchung** nach § 32e V GWB bestehenden Ermittlungsbefugnisse **317** nach § 32e IV, V 3 GWB eine neue Qualität an Verbraucherverwaltungsrecht. Das gilt um so mehr, als der Anwendungsbereich der Vorschrift denkbar weit ausgefallen ist und **verbraucherrechtliche Vorschriften jeder Art** in den Blick nimmt. Zur Verfügung steht die Sektorenuntersuchung daher insbesondere für die verbraucherschützenden Bestimmungen des UWG, die Liste nach § 2 II UKlaG²⁸¹ sowie der Liste des Anhangs zur VerbraucherrechtsdurchsetzungsVO Nr. 2006/2004. Darüber hinaus ist **Verbraucherrecht auch hier funktional** im oben (Kapitel 1) beschriebenen Sinne zu verstehen.

Die ermittelnde Kartellbehörde kann nach § 57 I GWB alle Ermittlungen führen und alle **Beweise erheben**, die erforderlich sind. Dazu zählen nach § 57 II GWB **318** der Beweis durch **Augenschein, Zeugen und Sachverständige**, für die – bei Ergänzungen und Modifikationen durch § 57 III-VI GWB – jeweils auf einschlägige Vorschriften der ZPO verwiesen wird. Zudem steht der ermittelnden Behörde ein – gegenüber der kartellrechtlichen Sektorenuntersuchung eingeschränktes – Recht zum **Auskunftsverlangen** gemäß § 59 GWB zu, für

²⁷⁸ § 38 I Nr. 3 GewO.

²⁷⁹ S. ferner Art. 54 Lebensmittelkontroll-VO (EG) Nr. 882/2004 sowie deren Erwägungsgrund (13): „Bei Verdacht auf Verstöße sollten Ad-hoc-Kontrollen durchgeführt werden. Zusätzlich sollten aber jederzeit auch Ad-hoc-Kontrollen ohne einen Verdacht auf Verstöße durchgeführt werden“.

²⁸⁰ Zum Verhältnis der europarechtlichen und der bundesrechtlichen Ermittlungsgrundlage vgl. in diesem Zusammenhang Meyer, in: Meyer/Streinz, LFGB-Basis-VO, § 39 LFGB Rn. 1, wo freilich die gesonderten Kontrollbefugnisse der Artt 15 ff. Lebensmittelkontroll-VO keine Erwägung finden.

²⁸¹ Insoweit wie hier Kersting/Podszun/Podszun/Schneider, Kapitel 6 Rn. 28.

welches insbesondere kein Betretensrecht zu Geschäftszeiten und keine Durchsuchungen möglich sind.²⁸²

Zum Schutz vor Trittbrettfahrern schließt § 32e VI GWB ab der Veröffentlichung eines Abschlußberichts über eine Sektoruntersuchung den Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen einer Abmahnung nach § 12 I 2 UWG für vier Monate aus. Damit ist ein erster Schritt zu Koordinierung des lauterkeitsrechtlichen Schutzes mit dem Verbraucherverwaltungsrecht getan. Rechtspolitisch näher hätte freilich eine zeitliche Anknüpfung an die Ankündigung einer Sektoruntersuchung anstatt an den Abschlußbericht gelegen. Zudem wäre die Reichweite der Sperrwirkung noch zu konturieren.

319 Eine **allgemeine Zusammenstellung**, in welchen Bereichen die mit dem Verbraucherschutz betrauten Behörden in Bund und Ländern Befugnisse zu Ermittlungseingriffen haben, **steht bislang aus**. Rechtspolitisch stellt sich zudem die Frage, ob jenseits der auf Bundesebene eingeführten Marktwächterfunktionen bestimmter Verbraucherverbände zum Schutze der Verbraucher sowie der neuen Befugnis der Kartellbehörden nach § 32e V GWB behördliche Überwachungsbefugnisse – also Befugnisse zu anlaßloser Ermittlung – im Landes- oder Bundesrecht verankert werden sollen. Jedenfalls sollten die Befugnisse der einzelnen Behörden zum Zwecke des Verbraucherschutzes deutlich transparenter und kohärenter gestaltet werden.

2. Standardmaßnahmen des Verbraucherschutzes

320 Für den administrativen Verbraucherschutz hat sich **bislang keine Liste** von Standardmaßnahmen **etabliert**. Das gilt insbesondere auch hinsichtlich der Frage, ob vereinzelt geregelten Standardmaßnahmen generell eine Sperrwirkung zu Lasten etwa vorhandener Generalklauseln zukommt.²⁸³ Gleichwohl läßt sich für eine Reihe von Maßnahmearten sagen, daß sie typisches Instrument administrativen Verbraucherrechts sind.

321 Dazu zählen insbesondere **Untersagungsanordnungen** betreffend Verstöße gegen verbraucherschützende Standards, Eingriffe in die **Binnenorganisation** von Unternehmen, die **Unternehmensschließung** insgesamt sowie **öffentliche Warnungen** vor Unternehmen oder deren Praktiken.

²⁸² Inwieweit durch die Beschränkungen von § 59 GWB in § 32e V 3 GWB auch Beschränkungen der Vollstreckung der bestehenden Auskunftsrechte bewirkt werden, harrt noch der Klärung.

²⁸³ Vgl. die Verdrängungswirkungen der polizeilichen Standardbefugnisse nach Art. 11 I BayPAG.

Daneben finden sich zahlreiche weitere Instrumente, die bei einer Gesamtbetrachtung administrativen Verbraucherschutzes auch stärker in den Blick zu nehmen wären, aber nicht gleichermaßen verbreitet sind. Dazu gehört zunächst einmal die **Produktwarnung**, soweit sie nicht körperliche Gegenstände im Sinne des Produktsicherheitsrechts, sondern **standardisierte Dienstleistungen** betrifft²⁸⁴ oder **Fondslösungen zur Beseitigung der Folgen** einer großen Zahl rechtswidriger Unternehmenspraktiken, wie sie sich in Deutschland bislang nur in Fällen massenhafter Personenschäden, und auch dort nur im – zivilrechtlichen – Vergleichswege etabliert haben.²⁸⁵ Hinsichtlich dieser und anderer Maßnahmen besteht weiterer Forschungsbedarf. 322

a) Beanstandungs-, Untersagungs- und Beseitigungsanordnungen

Beanstandungs-, Untersagungs- und Beseitigungsanordnungen durch verbraucherschützend ausgerichtete Verwaltungsbehörden weisen funktional eine große **Nähe zu** den Regeln über **verbraucherschützende Unterlassungsklagen** vor den Zivilgerichten auf, die in Einzelfällen auch durch bestimmte Verwaltungsbehörden erhoben werden können.²⁸⁶ Befugnisse von Verwaltungsbehörden zu entsprechenden Beanstandungen sind verbraucherschützend vor allem für die Abstellung verbraucherschädlicher Mißstände und Praktiken von Bedeutung, die für sich genommen nicht auf ein strukturelles Problem bei den betreffenden Unternehmen hindeuten, die über die beanstandete Praxis hinausgehen. Sie bilden zugleich im Sinne der Verhältnismäßigkeit mögliche Vorstufen zu weiterreichenden Maßnahmen, falls eine erste Anordnung nicht ausreicht, insbesondere nicht befolgt wird. Soweit einzelne Verstöße von Unternehmen gegen verbraucherschützende Standards 323

²⁸⁴ Vgl. hierzu insbesondere das neue Instrument der Produktintervention nach § 4b WpHG, das sich gegen Finanzinstrumente richten kann. Abgesehen von solchen Sonderkonstellationen spricht die Vorschrift über die Kontrollfreiheit des Leistungskerns bei allgemeinen Geschäftsbedingungen nach § 307 III BGB ganz grundsätzlich eher gegen eine Kontrolle rein rechtlich organisierter Produkte nach geltendem Recht.

²⁸⁵ Zur spannenden Frage einer Möglichkeit von *compensation schemes* zu rechtswidrigen Vertragspraktiken im englischen Verwaltungsrecht s. *Money-Kyrle*, Collective Enforcement of Consumer Rights in the United Kingdom, in: Schmidt-Kessel/Strünck/Kramme (Hrsg.), Im Namen der Verbraucher? Kollektive Rechtsdurchsetzung in Europa, Jena 2015, 45, 77 ff.

²⁸⁶ Vgl. § 3 I 1 Nr. 3 UKlaG und § 8 III Nr. 4 UWG. Zur Klage durch Verwaltungsbehörden kann es zudem kommen, soweit diese im Verzeichnis der Kommission zur Unterlassungsklagen-Richtlinie eingetragen sind, was bislang nur auf ausländische Verwaltungsbehörden zutrifft.

bereits Tatbestände von Ordnungswidrigkeiten verwirklichen, erfüllen Bußgeldverhängungen regelmäßig eine ähnliche Funktion, ohne formal präventiv zu wirken.

- Nach allgemeinen Regeln** werden die Sicherheitsbehörden entsprechende
- 324 Verfügungen auf die – jeweilige – polizeiliche Generalklausel stützen können. Diese ist auch dazu geeignet bereits bestehende Ge- oder Verbote durch einen Verwaltungsakt zu „verstärken“. Eine Untersagung könnte dann etwa auch mit den Mitteln der Verwaltungsvollstreckung durchgesetzt werden.

Hingegen wird der öffentlichen Verwaltung in Bayern eine Beanstandungsverfügung, eine Unterlassungsverfügung oder auch eine (Folgen-) Beseitigungsverfügung nur ganz ausnahmsweise möglich sein. Nach allgemeinem Sicherheitsrecht liegt das insbesondere an der sehr begrenzten Befugnis nach Art. 7 BayLStVG, die ein Einschreiten der Sicherheitsbehörden im Kern nur bei Straf- und Ordnungswidrigkeiten sowie Gefahren für Leben, Gesundheit oder die Freiheit von Menschen oder besondere Sachwerte vorsieht. Regeln des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes lassen sich hier nicht erfassen, soweit sie nicht durch besondere Ordnungswidrigkeitentatbestände verstärkt werden. Insoweit ist das – traditionell liberale – bayerische Gefahrenabwehrrecht für die Sicherheitsbehörden deutlich enger als dasjenige der übrigen Bundesländer. Als (theoretischer) Ausweg bleibt lediglich eine Weisung an die Polizei nach Art. 10 S. 2 BayLStVG, die betreffende Untersagungsverfügung o.ä. zu erlassen. Für den Bereich der Wirtschaftsaufsicht ist ein solches Vorgehen aber kaum realistisch.²⁸⁷

- Auch für die – zahlenmäßig überwiegenden – **Gewerbetreibenden** gibt es **keine**
- 325 allgemeine **Ermächtigungsgrundlage** für die Untersagung, Beanstandung oder (Folgen-)Beseitigung von unternehmerischen Aktivitäten zuungunsten von Verbrauchern. Insbesondere ist § 35 GewO für eine solche Untersagung in aller Regel nicht geeignet, weil die Vorschrift ausschließlich das „Ob“ des Marktzugangs betrifft und dabei zwar Teile von Unternehmensaktivitäten erfaßt (Teiluntersagungen), nicht aber einzelne Rechtsverstöße.²⁸⁸ Insoweit stünde die Gewerbeordnung auch einer Anwendung von Gefahrenabwehrrecht nicht

²⁸⁷ Vgl. zu den wenigen entschiedenen Fällen VG München, BeckRS 2000, 25631.

²⁸⁸ Zur Abgrenzung vgl. den Musterentwurf Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Vollzug des § 35 Gewerbeordnung (GewUVwV) Nr. 8.1 sowie etwa BeckOK-GewO/Brüning § 35 Rn. 43; Landmann/Rohmer/Marcks § 35 Rn. 84; Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung, § 35 Rn. 147. In der Praxis ging es bei Teiluntersagungen in der Vergangenheit vor allem um die Frage des Verbotes der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung von Arbeitnehmern, vgl. BVerwG, GewA 1966, 202. Vgl. auch OVG Hamburg NJW 1991, 1500 (Untersagung der Führung eines Ladengeschäfts wohl aber „Herstellung und Vertrieb von Tonträgern, ausgenommen erlaubnispflichtige Warenarten bzw. Tätigkeiten“).

entgegen, weil die Gewerbeordnung eine Regelungslücke läßt.²⁸⁹ Das Gewerberecht entfaltet hier – immerhin – keine Sperrwirkung, die einer landesrechtlichen Befugnis entgegenstünde.

Beispiel: Für ein Einschreiten gegen eine Online-Partnervermittlung, etwa wegen Verstößen gegen die Regeln über die Widerrufsbelehrung oder die Standards allgemeiner Geschäftsbedingungen steht daher im Freistaat Bayern im Hinblick auf § 7 II BayLStVG regelmäßig keine Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung. In anderen Bundesländern – etwa nach §§ 1, 3 bwPolG wäre eine Untersagungsverfügung hingegen möglich. Bei Verstößen gegen Lebensmittelrecht eröffnen hingegen Art. 54 Lebensmittelkontroll-VO (EG) Nr. 882/2004 und § 39 LFGB mit ihren Generalklauseln der zuständigen Verwaltungsbehörde alle Möglichkeiten einer Anordnung, das verbraucherrechtswidrige Verhalten abzustellen.²⁹⁰

Für **Bayern** erscheint es daher rechtspolitisch geboten, eine Ermächtigungsgrundlage zu schaffen, welche die durch die bewußte enge 326 Fassung von § 7 II BayLStVG entstehende Lücke der Befugnisse der Sicherheitsbehörden im administrativen Verbraucherschutz schließt. Dies kann durch eine Änderung von § 7 BayLStVG geschehen, etwa durch die Aufnahme des Verbraucherschutzes als Ziel in Art. 7 II Nr. 3 BayLStVG unter die besonders wichtigen Schutzgüter. Möglich ist aber auch die Einfügung einer eigenständigen Befugnisnorm im Dritten Teil des BayLStVG („Einzelne Ermächtigungen und Ordnungswidrigkeiten“).

b) Eingriff in die Binnenorganisation

Zum Schutze von Verbrauchern können auch Eingriffe in die innere Organisationsstruktur von Unternehmen erforderlich sein. Diese haben im 327 administrativen Verbraucherschutz eine **sehr lange Tradition**, auch wenn die frühere Erlaubnispflichtigkeit von einzelnen Arbeitnehmern im Reisegewerbe²⁹¹ (also für besonders problematische Vertriebsformen) im Jahre 2009 entfallen ist; insoweit bleibt es insbesondere bei der Möglichkeit die **Beschäftigung**

²⁸⁹ Dazu BVerwGE 38, 209, 213 f.; OVG Weimar, LKV 2003, 91 f. (keine Gewerbeuntersagung durch Gefahrenabwehrrecht) sowie *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung, § 1 Rn. 91.

²⁹⁰ Art. 54 Lebensmittelkontroll-VO (EG) Nr. 882/2004 eröffnet diese Möglichkeit auch unterhalb der in Abs. II lit. b und c ausdrücklich formulierten Möglichkeiten der Untersagung des In-Verkehr-Bringens oder der Rücknahme oder Rückrufanordnung. Dasselbe gilt für den – jedenfalls repressiv wegen des Vorrangs der unionsrechtlichen Regelung nicht einschlägigen und daher allenfalls präventiv wirkenden – § 39 LFGB.

²⁹¹ S. § 55 GewO a.F.

unzuverlässiger Vertriebsmitarbeiter gewerberechtlich zu untersagen, § 60 GewO.

Auch sonst findet sich an zahlreichen Stellen der deutschen Rechtsordnung die
328 Möglichkeit, aus Gründen des Verbraucherschutzes in die inneren Abläufe, das Personal und auch die Leitung eines Unternehmens einzugreifen. Das gilt etwa für die Abberufung von Geschäftsleitern²⁹² oder die Beraterregister im Bereich der Finanzdienstleistungen,²⁹³ die Eingriffe in den Mitarbeiterinsatz entweder unmittelbar gestatten²⁹⁴ oder doch vorbereiten.²⁹⁵

Für den allgemeinen administrativen Verbraucherschutz werden sich Eingriffe
329 der allgemeinen Sicherheitsbehörden in die Binnenorganisation eines zum Schaden von Verbrauchern handelnden Unternehmers – soweit sie verhältnismäßig und auch sonst ermessensfehlerfrei sind – wiederum auf die jeweilige **Generalklausel der Landessicherheits- und -polizeirechte** stützen lassen. Gewerberechtlich besteht hingegen – abgesehen vom erwähnten Sonderfall des Reisegewerbes – keine Möglichkeit, unterhalb der Schwelle einer Teilgewerbeuntersagung in die Betriebsorganisation einzugreifen.

In den meisten Bundesländern würden sich die Sicherheitsbehörden hingegen vielfach auf die jeweilige sicherheitsrechtliche Generalklausel stützen können, soweit der Eingriff im Sinne des verbraucherschützenden Ziels verhältnismäßig ist. Denkbar ist etwa – soweit dies tatsächlich zielführend ist – die Anordnung einer Abberufung von verbraucherrechtswidrig handelnden GmbH-Geschäftsführern oder Vertriebsmitarbeitern. Bundesweit einheitlich sind für den Bereich des Lebensmittelrechts entsprechende Eingriffe möglich. Das ergibt sich aus den Generalklauseln des Art. 54 Lebensmittelkontroll-VO (EG) Nr. 882/2004 und von § 39 LFGB; in einzelnen Bereichen, etwa der Hygiene, sind derartige Maßnahmen auch näher spezifiziert in den entsprechenden gesetzlichen Grundlagen bereits vorgesehen.

In **Bayern** werden solche Eingriffe hingegen regelmäßig an den Beschränkungen
330 der kleinen Generalklausel des Gefahrenabwehrrechts in § 7 II LStVG scheitern.

Für Online-Partnervermittlung schlägt dieser bayerische Mangel an Befugnisnormen vollständig durch, so daß die Anordnung einer Abberufung von verbraucherrechtswidrig handelnden GmbH-Geschäftsführern oder Vertriebsmitarbeitern allenfalls in Fällen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten der betreffenden Personen in Betracht kommt. Bei systematischen Verstößen unterhalb dieser Ebene scheidet ein Eingreifen der bayerischen Sicherheitsbehörden regelmäßig aus.

²⁹² § 36 KWG.

²⁹³ Siehe § 11a GewO und § 34d WpHG

²⁹⁴ So nach § 34d IV WpHG.

²⁹⁵ So bei § 11a GewO.

Angesichts auch dieses Regelungsdefizits sollte geprüft werden, inwieweit bei einer Erweiterung der Befugnisnorm für verbraucherschützende Behörden auch derartige Eingriffe in das Betriebspersonal oder in die sonstige innere Betriebsorganisation möglich sein sollten. Hierbei ist freilich im besonderen Maße auf den gleichzeitig zu wahrenden Arbeitnehmerschutz Rücksicht zu nehmen. Die bisherigen Erfahrungen mit den beiden Registern des Anlegerschutzes sowie mit § 60 GewO und dessen funktionalen Vorgängervorschriften könnten dabei genutzt werden.

c) Unternehmensschließung

Einen **besonders weitreichenden Eingriff**, der aus Verbraucherperspektive allenfalls bei schwarzen Schafen tatsächlich angebracht ist und der ein Großteil 331 seiner Wirkung vor allem aus seinem **Drohpotential** bezieht, stellen Betriebs- und Unternehmensschließungen sowie – rechtlich vorgelagert – der Entzug von Betriebserlaubnissen und die Untersagung des erlaubnisfreien Betriebs dar.²⁹⁶ Im grenzüberschreitenden Verbraucherschutz wird künftig die Nachfolgeverordnung zur VerbraucherrechtsdurchsetzungsVO Nr. 2006/2004 etwa die Schließung von Webshops gestatten.²⁹⁷

Im **Anwendungsbereich des Gewerberechts** sind die allgemeinen Sicherheitsbehörden durch dessen **Sperrwirkung** hier generell daran gehindert, 332 eine solche Gewerbeuntersagung auf das allgemeine Gefahrenabwehrrecht zu stützen.²⁹⁸ Ausnahmen kommen nur in engbegrenzten Eilfällen und auch bloß vorläufig in Betracht.²⁹⁹ Maßgebend für den allgemeinen administrativen Verbraucherschutz sind daher die einschlägigen Bestimmungen der Gewerbeordnung und darunter insbesondere **§ 35 GewO**.

²⁹⁶ Die Anordnung der Schließung des Betriebs wird dabei häufig nur ein Vollzugsakt bei der Durchsetzung der Erlaubnisentziehung oder Gewerbeuntersagung sein; seltener wird § 15 II GewO zur Anwendung gelangen, vgl. *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung, § 15 Rn. 15.

²⁹⁷ Dazu unlängst *Schmidt-Kessel*, Die Novellierung der CPC-Verordnung – Belastung oder Chance für Webshops?, K&R-Editorial zu Heft 10/2017.

²⁹⁸ BVerwGE 38, 209, 213 f.; OVG Weimar, LKV 2003, 91 f.; *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung, § 1 Rn. 91.

²⁹⁹ OVG Koblenz, NVwZ-RR 1999, 244 (vorläufige Schließung einer Spielhalle wegen Gefahr des Rauschgifthandels); *Enneschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung, § 1 Rn. 92.

Insoweit steht heute außer Streit, daß unter bestimmten engen Voraussetzungen
333 **auch Verstöße gegen verbraucherrechtliche Bestimmungen**, die weder ordnungswidrigkeitenrechtlicher noch öffentlich-rechtlicher Natur sind, eine Gewerbeuntersagung rechtfertigen können, wenn sie – insbesondere durch ihre Häufigkeit oder das Ausmaß – die Zuverlässigkeit des Unternehmers insgesamt in Frage stellen.³⁰⁰ Insoweit dient § 35 GewO schon jetzt dem – über-individuellen – Verbraucherschutz.³⁰¹ In der Praxis haben die hohen Hürden einer Ableitung der Unzuverlässigkeit aus nachhaltigen Zielrechtsverstößen für den Verbraucherschutz jedoch wiederum die Konsequenz, daß die zuständigen Behörden das Mittel der Gewerbeuntersagung in der Praxis regelmäßig nur dann in Betracht ziehen, wenn es bereits zu Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten gekommen ist. Zur Durchsetzung der verbraucherrechtlichen Standards ist die Vorschrift daher bislang nur sehr begrenzt geeignet.

Für die hier beispielsweise betrachteten Online-Partnervermittlungen bedeutet dies, daß eine Gewerbeuntersagung bei Verbraucherrechtsverstößen unterhalb der Schwelle des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts kaum einmal in Betracht kommen wird. Das liegt freilich nicht an der Gesetzeslage, sondern an der insoweit sehr zurückhaltenden Vollzugspraxis. Hingegen findet sich im Lebensmittelbereich mit Art. 54 II lit. f Lebensmittelkontroll-VO (EG) Nr. 882/2004 sogar eine Sonderregel, nach welcher die zuständigen Behörden Betriebsschließungen verhängen, erforderliche Erlaubnisse entziehen und die Untersagung erlaubnisfreier Gewerbe anordnen können. Rechtsprechung zu dieser Vorschrift findet sich freilich bislang nicht.

Rechtspolitisch geboten erscheint es daher, auf Bundesebene auf eine
334 **weitergehende Klärung der Frage hinzuwirken, inwieweit § 35 GewO auch unterhalb der Schwelle von Verstößen gegen Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbeständen** gegen zum Nachteil von Verbrauchern handelnde Unternehmen zum Einsatz kommen kann. Zu denken ist auch an entsprechende Hinweise und Anweisungen an die zuständigen bayerischen Behörden.

d) Öffentliche Warnungen

Öffentliche Warnungen der zuständigen Verwaltungsbehörden sind schließlich
335 ein besonders heikles Mittel, weil sie, anders als förmliche Gewerbeuntersagungen, kaum rückholbar sind. Da das Gewerberecht insoweit

³⁰⁰ Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung, § 35 Rn. 75 f. m.w.N.

³⁰¹ Auch wenn sich dies bei § 35 GewO – anders als bei § 55 III GewO – nicht aus dem Gesetz ergibt.

keine allgemeinen Regeln vorhält, sind die Länder nicht daran gehindert, ihr **Gefahrenabwehrrecht** generell mit der Befugnis der Sicherheitsbehörden zu verbinden, vor Gefahren für Verbraucher zu warnen.

Für das **bayerische Landesrecht** setzt dies mit Blick auf die Begrenzungen des Art. 7 BayLStVG wiederum regelmäßig voraus, daß die besonderen **336** Anforderungen der sog. kleinen Generalklausel erfüllt sind, also entweder ein Straf- oder Ordnungswidrigkeitstatbestand verwirklicht ist oder eine Gefahr für Leben, Gesundheit oder Freiheit von Menschen besteht. **Im Bereich des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes** besteht eine solche Möglichkeit im allgemeinen **nicht**. Angesichts der besonders schwerwiegenden Wirkungen öffentlicher Warnungen für das Unternehmen und die begrenzten tatsächlichen Wirkungen des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen behördliche Warnungen sprechen auch gute Gründe für eine Zurückhaltung gegenüber diesem Instrument. Allerdings ist die Entscheidung insoweit vom Landesgesetzgeber zweifellos nicht bewußt getroffen worden, sondern der restriktiven Grundhaltung gegenüber den Befugnissen der Sicherheitsbehörden geschuldet. Die Parallelnorm nach § 11 PAG kennt nämlich für die bayerische Polizei keine entsprechende Einschränkung und würde grundsätzlich – aber weitgehend praxisfern – auch eine Warnung durch die Polizei vor verbraucherrechtswidrigem Verhalten auch im Bereich des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes gestatten.

Eine Warnung vor unseriösen Online-Partnervermittlungen kommt daher – unterhalb der Schwelle der Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit – praktisch kaum in Betracht. Ganz anders gestatten die Befugnisse des Lebensmittelrechts öffentliche Warnungen unter gewissen Umständen auch dann, wenn es allein um wirtschaftliche Interessen der Verbraucher geht. Das ergibt sich für das deutsche Recht insbesondere aus § 40 I 2 Nr. 4a, Ia Nr. 2 LFGB. Eingriffsschwelle ist insoweit regelmäßig ein Verstoß „in nicht unerheblichem Ausmaß“.

Schon aus Gründen der Rechtssicherheit – auch für die handelnden Behörden – erscheint die Einführung einer **gesonderten Befugnisnorm für Warnungen** vor **337** verbraucherschädigenden Praktiken **geboten**. Dabei ist im Hinblick auf die erheblichen tatsächlichen Wirkungen einer solchen Warnung auch auf eine angemessen hohe Eingriffsschwelle zu achten.

3. Generalklausel für administrativen Verbraucherschutz

Verwaltungsrechtliche Generalklauseln zugunsten von Verbrauchern **kannte** **das deutsche Recht bislang nicht**. Zwar finden sich derartige Generalklauseln **338**

für Spezialmaterien, etwa das Lebensmittelrecht,³⁰² jedoch kommt im übrigen wiederum nur ein Rückgriff auf die Generalklauseln des allgemeinen Gefahrenabwehrrechts in Betracht.

Im Blick auf die praktische Irrelevanz von § 11 PAG für den Verbraucherschutz, insbesondere in wirtschaftlichen Angelegenheiten, zieht daher wiederum Art. 7 LStVG dem administrativen Verbraucherschutz durch die Sicherheitsbehörden in Bayern eine (zu) enge Grenze.

339 Allerdings wäre eine landesrechtliche Generalklausel für den administrativen Verbraucherschutz auch nach deutschem Recht zwischenzeitlich nicht mehr ohne Vorbilder. So hat der Bund für den Bereich der **Finanzdienstleistungen** unlängst mit **§ 4 Ia FinDAG** eine **verbraucherschützende Generalklausel** erlassen, die sich ohne große substantielle Änderung auch für andere Bereiche – etwa für das bayerische Landesrecht – übernehmen oder gar verallgemeinern ließe. Die Vorschrift könnte – entkleidet von den Besonderheiten des Finanzdienstleistungsrechts - dann wie folgt lauten:

„Die zuständigen Behörden sind innerhalb ihres gesetzlichen Auftrags auch dem Schutz der Verbraucherinteressen verpflichtet. Unbeschadet weiterer Befugnisse nach anderen Gesetzen kann die zuständige Behörde gegenüber Unternehmen alle Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, um verbraucherschutzrelevante Mißstände zu verhindern oder zu beseitigen, wenn eine generelle Klärung im Interesse des Verbraucherschutzes geboten erscheint. Ein Mißstand i.S.d. Satzes 2 ist ein erheblicher, dauerhafter oder wiederholter Verstoß gegen ein Verbraucherschutzgesetz, der nach seiner Art oder seinem Umfang die Interessen nicht nur einzelner Verbraucherinnen oder Verbraucher gefährden kann oder beeinträchtigt“.

340 Eine solche Formulierung würde für sämtliche, dem Verbraucherschutz dienenden Behörden des erlassenden Bundeslandes respective des Bundes eine **Klarstellung hinsichtlich der Verbraucherschutz Aufgabe** bewirken. Eine klarstellende Aufzählung der angesprochenen Behörden könnte dabei helfen, ist aber nicht zwingend erforderlich, und wäre wohl eher in der Gesetzesbegründung anzusiedeln. Zugleich brächte der Vorschlag eine – subsidiäre – Ergänzung der zahlreichen Befugnisnormen zur Beseitigung verbraucherschutzrelevanter Mißstände. Er könnte dabei auch neben die oben vorgeschlagenen Einzelbefugnisse treten.

341 Rechtspolitisch legt vor allem die **kleine Generalklausel des § 7 II BayLStVG** mit ihren – bewußten – Lücken gerade für den Freistaat Bayern die Einführung einer („großen“) Generalklausel für den administrativen Verbraucherschutz besonders nah; sie dürfte aber auch für andere Bundesländer hilfreich sein.

³⁰² S. die bereits mehrfach erwähnten Art. 54 Lebensmittelkontroll-VO (EG) Nr. 882/2004 sowie § 39 LFGB.

Angesichts der bislang sehr begrenzten Befugnisnormen der bayerischen Behörden im Bereich des Verbraucherschutzes – vor allen Dingen hinsichtlich der wirtschaftlichen Verhältnisse der Verbraucher – ließen sich mit einer solchen Generalklausel weite Teile der oben erörterten Schutzlücken des administrativen Verbraucherschutzes beseitigen.

4. Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten

Die Formulierung von **Ordnungswidrigkeitentatbeständen zugunsten verbraucherschützender Standards** ist in Deutschland bislang die **Ausnahme**,³⁴² soweit es nicht um den Schutz der persönlichen Integrität des Verbrauchers geht. Zu den wenigen einschlägigen Tatbeständen zählen die Tatbestände des § 20 UWG für bestimmte Fälle verbraucherschutzwidriger Belästigungen.³⁰³ Einen weiteren Tatbestand enthält § 147b GewO für die verbotene Annahme von Entgelten für Pauschalreisen ohne Übergabe eines Sicherungsscheins entgegen § 651k IV 1, V 2 BGB.³⁰⁴

Dementsprechend finden sich etwa für Online-Partnerschaftsvermittlungen keine gesonderten Bußgeldtatbestände, und zwar auch dort nicht, wo es um Verstöße gegen besonders gewichtige Verbotstatbestände wie diejenigen im Rahmen der Button-Lösung gegen Internet-Kostenfallen geht. Sanktionen sind hier regelmäßig erst bei Erreichen der Betrugsschwelle möglich. Dieser Befund verwundert angesichts der Pflicht der Mitgliedstaaten, in Umsetzung der zugrundeliegenden Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU auch Sanktionen festzuschreiben, was der Bundesgesetzgeber entgegen sachverständigem Rat unterlassen hat.³⁰⁵ Ganz anders sieht es für den Bereich des Lebensmittelrechts aus, für das etwa § 60 LFGB eine lange Liste von Ordnungswidrigkeiten statuiert.

Ordnungswidrigkeiten sind im Bereich des Verbraucherschutzes **zentrale Mittel für die Aktivierung der Verwaltungsbehörden** zu dessen Sicherstellung. Das³⁴³ ergibt sich nicht nur für den Freistaat Bayern aus Art. 7 II Nr. 1 BayLStVG, sondern auch für die gängige Praxis zu Art. 35 GewO. Soweit der Bund zivilrechtliche Verbraucherschutztatbestände regelmäßig nicht mit Bußgeldandrohungen verknüpft, wäre der Freistaat wie alle Bundesländer nicht gehindert, solche Bußgeldtatbestände selbst zu erlassen. Dabei ist deren

³⁰³ Zuständige Verwaltungsbehörde ist insoweit die Bundesnetzagentur, § 20 III UWG.

³⁰⁴ Zuständige Verwaltungsbehörden sind die unteren Gewerbebehörden, ohne daß sich dies mangels Vollzugszuständigkeit für § 651k BGB dem § 87 BayZustV mit letzter Sicherheit entnehmen ließe.

³⁰⁵ Vgl. Art. 24 VerbraucherrechteRL 2011/83/EU.

wesentliche Funktion weniger die Sanktionierung als die Betonung des besonderen öffentlichen Interesses am Schutzgut, der anschließend die Aktivierung der einschlägigen Verwaltungsbehörden einschließlich der allgemeinen Sicherheitsbehörden ermöglichen würde.

Rechtspolitisch sollte daher vermehrt auf die Einführung von
344 Bußgeldtatbeständen im Bereich des Verbraucherschutzes geachtet werden und dies sowohl im Rahmen bundesrechtlicher Gesetzgebungsverfahren als auch im Hinblick auf mögliche akzessorische landesrechtliche Tatbestände. Dabei geht es vor allem um bislang rein zivilrechtlich geregelte Verbotstatbestände von vergleichsweise hohem Unrechtsgehalt. Mögliche Beispiele wären einerseits die per se unlauteren Praktiken im Sinne von §§ 241a, 312j, 661 BGB und andererseits dauerhafte oder massenhafte Verstöße gegen Unternehmerpflichten nach §§ 312 ff. BGB oder die Maßstäbe der AGB-Kontrolle.

IV. Subsidiarität behördlichen Eingreifens zum Schutz privater Rechte

Für den Schutz privater Rechte erfährt die verbraucherschützende Verwaltung
345 bereits in ihrer sicherheitsrechtlichen Grundlage eine wesentliche Einschränkung. Dieser Schutz ist abgesehen von ganz engen Ausnahmefällen **bereits durch die Aufgabenbeschreibung** für Polizei und Sicherheitsbehörden den **Zivilgerichten vorbehalten** (Subsidiarität des polizeilichen Schutzes privater Rechte).³⁰⁶ Polizei und Sicherheitsbehörden verbleibt in aller Regel lediglich eine Notfallbefugnis, die nach den üblichen Formulierungen voraussetzt, daß gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und daß ohne polizeiliche Hilfe die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Teilweise findet sich zudem ein – gerade in Eilfällen rechtspolitisch problematisches – Antragserfordernis.³⁰⁷ Neben der Funktion der Aufgabenteilung zwischen den staatlichen Organen ist diese Schanke auch Ausdruck des **Öffentlichkeitsbezugs des Sicherheitsrechts**, der auch für den administrativen Verbraucherschutz gilt.

Für die Sicherheitsbehörden des Freistaats Bayern findet sich eine solche Schranke nicht ausdrücklich. Die Beschränkung ihrer Befugnisse in der kleinen Generalklausel des Art 7 II LStVG

³⁰⁶ Generell etwa § 2 II bwPolG. Für die bayerische Polizei Art. 2 II BayPAG. Im Überblick Tettinger/Erbguth/Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2009, Rn. 445 ff.

³⁰⁷ Siehe § 2 II bwPolG.

schließt aber die Beschränkung auf besondere öffentliche Interessen ein. Eine eigens angeordnete Subsidiarität des Schutzes privater Rechte erübrigt sich damit für die Bayerischen Sicherheitsbehörden.

Keine Schwierigkeiten bereitet der Subsidiaritätsgedanke freilich, wo administrativer Verbraucherschutz **präventiv oder repressiv beim 346 Unternehmer** oder bei den Leistungsgegenständen **ansetzt**. Wo dies der Fall ist, bekämpft das Verwaltungsrecht auch abstrakte Gefahren für Rechtsgüter einer Vielzahl oder doch Mehrzahl von Verbrauchern. Bereits aus Gründen der Verhältnismäßigkeit wie auch der Gleichbehandlung fällt es dem Staat schwer, durch Ansetzen beim Unternehmer Individualschutz zu betreiben. Dementsprechend sind Erlaubnispflichtigkeit, Registrierungs- und Organisationsanforderungen oder auch Marktverhaltensregeln (auch) aus verbraucherschützender Perspektive mit hinreichendem Öffentlichkeitsbezug ausgestattet.

Das gilt übrigens letztlich auch dort, wo nicht die Sicherheitsbehörden zur Gefahrenabwehr, sondern die Strafverfolgungsbehörden zum Opferschutz tätig werden. Die neuen Sicherungsmittel und -pflichten nach §§ 111b ff. StPO³⁰⁸ bis hin zum Insolvenzantrag nach § 111i StPO haben insoweit auch eine erhebliche verbraucherschützende Funktion. Auch ohne Erfahrungen mit der Neuregelung zeichnet sich bereits ab, daß dieses Instrumentarium auch verbraucherschützend einzusetzen wäre. Es kann die Staatsanwaltschaft aber auch in politisch schwierige Situationen bringen – etwa zu der Frage eines Insolvenzantrags niedersächsischer Staatsanwaltschaften gegen Volkswagen wegen des Dieselskandals – um Opfer- und insbesondere Verbraucherrechte rechtzeitig zu schützen. Jedenfalls wird der Öffentlichkeitsbezug in diesen Fällen durch die – möglicherweise – verletzten Straftatbestände hergestellt.

Soweit administrativer Verbraucherschutz hingegen **beim Verbraucher** und bei dessen Schutzbedarfen **ansetzt**, verlangt die im Subsidiaritätsgedanken 347 verschlüsselte Arbeitsteilung mit den Zivilgerichten die Beschränkung der Gefahrenabwehr auf **Notfälle** und auf **Fälle überindividueller Betroffenheit**. In den Formulierungen von § 4 Ia FinDAG und – dorthin bewußt weitgehend übernommen – von § 32e V 1 GWB hat sich dafür eine Standardformulierung herausgebildet: Ein hinreichender Öffentlichkeitsbezug besteht danach, bei „Vorliegen eines erheblichen, dauerhaften oder wiederholten Verstoßes gegen ein Verbraucherschutzgesetz, der nach seiner Art oder seinem Umfang die Interessen nicht nur einzelner Verbraucherinnen oder Verbraucher gefährden

³⁰⁸ S. etwa Köhler, Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung – Teil 1/2, NStZ 2017, 497, 501; Trüg, Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, NJW 2017, 1913, 1916 f.

kann oder beeinträchtigt.“ Damit hat sich auf Bundesebene ein Standard für die Grenzziehung zwischen Individualschutz und administrativem Verbraucherschutz ausgebildet, der sich – legislativ oder in Konkretisierung der polizei- und sicherheitsrechtlichen Subsidiaritätsklauseln – auch für die Übernahme in die Rechte der Bundesländer eignet.³⁰⁹

Wenig überraschend setzen auch die privatrechtlichen Unterlassungsklagebefugnisse in diesem Sinne an, wenngleich sie nicht gleichermaßen breit ausformuliert sind. Deutlich wird dies zunächst im Erfordernis der Wahrnehmung der Interessen der Verbraucher in § 4 II 1 UKlaG und mittelbar in § 8 III Nr. 3 UWG. Für den Unterlassungsanspruch nach § 2 UKlaG wird zusätzlich zum Verstoß gegen Verbraucherschutzgesetze die Inanspruchnahme des Unternehmers „im Interesse des Verbraucherschutzes“ gefordert. Für die Unterlassungsklage verweist zudem das Erfordernis der Wiederholungsgefahr – ausdrücklich in § 8 I 1 UWG, unausgesprochen in § 2 I 1 UKlaG – auf eine Situation jenseits des Einzelfalls. Für die AGB-Unterlassungsklage nach § 1 UKlaG ergibt sich dieselbe Erwägung aus der Mehrfachverwendungsabsicht („für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen“) als Element des Begriffs Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach § 305 I BGB.

348 Rein formal ließe sich fragen, ob es sich bei den mittels der **Verbandsklagen** nach §§ 1, 2 UKlaG und § 8 UWG geschützten Positionen wegen deren Eigenschaft als **privatrechtliche Ansprüche** nicht auch um private Rechte handelt. Zu Ende gedacht hieße dieses, daß ein polizeilicher oder sicherheitsbehördlicher Schutz nur in den jeweils angeführten Notfallsituationen in Betracht käme. Jedoch entfalten §§ 1, 2 UKlaG und § 8 UWG richtigerweise **keine Sperrwirkung** gegenüber administrativer Rechtsdurchsetzung. Vielmehr belegt das Bestehen des Unterlassungsanspruchs **gerade umgekehrt** den hinreichenden Öffentlichkeitsbezug, so daß die Subsidiaritätsklauseln des Gefahrenabwehrrechts in solchen Fällen das behördliche Eingreifen nie sperrt. Vielmehr läßt sich sogar formulieren, daß bei Vorliegen der Voraussetzungen von §§ 1, 2 UKlaG und § 8 UWG die gefahrenabwehrrechtlichen Generalklauseln – bei gegebener Zuständigkeit und Aufgabeneröffnung und Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – immer auch die Möglichkeit von Untersagungs- und Beseitigungsverfügungen eröffnen.

³⁰⁹ Für einen entsprechenden Vorstoß zu Bayern siehe bereits *Schmidt-Kessel*, GewArch 2016, 169, 174 f.

V. Sonderfragen der Verhältnismäßigkeit

Die soeben behandelte Frage nach dem Verhältnis zu den Unterlassungs- und Beseitigungsklagen nach §§ 1, 2 UKlaG und § 8 UWG 349 gefahrenabwehrrechtlichen Maßnahmen wirft zusätzlich die Frage auf, ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz der **Unterlassungsklage der Verbände** den Vorrang einräumt, so daß eine Sicherheitsbehörde bei bestehender Klagemöglichkeit oder anhängiger Klage mangels **Erforderlichkeit** am Einschreiten insbesondere mittels Unterlassungs- und Beseitigungsverfügungen gehindert werden.

Richtigerweise besteht aber auch hier **keine Sperrwirkung**. Dies beruht zunächst auf dem Umstand, daß die **Verbände** hinsichtlich der Klageerhebung 350 eine – jedenfalls gegenüber den Sicherheitsbehörden – **autonome Entscheidung** treffen. Es besteht kein Weisungsrecht und zwar auch nicht im Sonderfall der Beauftragung zum grenzüberschreitenden administrativen Verbraucherschutz nach § 7 I VSchDG (i.V.m. § 4a UKlaG). Hinzu kommt, daß die Eingriffswirkung gegenüber dem Unternehmen nicht dadurch verstärkt wird, das anstelle eines zivilgerichtlichen Unterlassungsurteils eine verwaltungsrechtliche Unterlassungsverfügung ergeht. Das verwaltungsrechtliche Vorgehen kann – etwa im Hinblick auf Kosten und Kontrollfähigkeit der Ermessensausübung – auch das mildere Mittel sein.

Kapitel 6: Verbraucherschutz durch Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht

Literatur: *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, Baden-Baden 2002; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil, 4. Aufl. München 2014; *Vergho*, Der Maßstab der Verbrauchererwartung im Verbraucherschutzstrafrecht, Freiburg 2009; *Vogel*, Verbraucherschutz durch strafrechtliche Produkthaftung, GA 1990, 241-264.

Ein eigenes **Verbraucherschutzstrafrecht** kennt das deutsche Recht nicht.³¹⁰ Auch der Rückgriff auf das Instrumentarium des Ordnungswidrigkeitenrechts 351 erfolgt nicht in einem Maße, wie dies aus anderen Staaten bekannt ist. Das bedeutet freilich weder, daß Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht für das Verbraucherrecht irrelevant wären, noch daß der Bereich bislang wissenschaftlich völlig unbearbeitet wäre.

Insbesondere existiert bislang **keine allgemein akzeptierte Konzeption** eines Verbraucherschutzstrafrechts oder Verbraucherschutzordnungswidrigkeiten- 352 rechts und es finden sich auch wenige Ansätze dazu.

Die bislang wohl weitreichendsten konzeptionellen Gedanken speziell zum Verbraucherschutz durch Strafrecht stammen aus der Feder von *Vergho*.³¹¹ Sie haben freilich wenig Wiederhall gefunden. Die allgemein konzeptionellen Ausführungen von *Vogel*³¹² legen demgegenüber erheblich mehr Grund, sind freilich recht knapp geblieben. Verbreiteter sind verbraucherbezogene strafrechtliche Überlegungen zu einzelnen Sachfragen wie den Wirkungen der Informationsregulierung auf den Betrugstatbestand, der Sondervorschrift des § 16 UWG, zum Produktstrafrecht, Überlegungen zum Lebensmittelrecht, zum Anlegerschutz (wobei hier vielfach der Schutz institutioneller Anleger und nicht von Privatanlegern im Fokus steht) sowie einige Sondergebiete. Während das Verbraucherschutzstrafrecht damit in der systematischen Behandlung eher bruchstückhaft bleibt,³¹³ finden sich in den allgemeinen Konzeptionen des

³¹⁰ Eine Bezeichnung als Verbraucherstrafrecht gäbe sicher zu Mißverständnissen Anlaß. Verbraucherschutzstrafrecht findet sich schon des längeren etwa bei *Tiedemann* Rn. 125 (entsprechend die Voraufgaben).

³¹¹ *Vergho* 5-36 (wo freilich weder eine tragfähige Einbindung in die allgemeinen Strukturen des Verbraucherrechts gelingt noch – aufgrund der weitgehenden Nichtberücksichtigung der allgemeinen wirtschaftsstrafrechtlichen Literatur – ein hinreichender Anschluß an die allgemeine strafrechtliche Diskussion).

³¹² *Vogel* 241-245 mit dem wichtigen Hinweis auf das bereits 1990 erheblich reichere US-amerikanische Schrifttum.

³¹³ Siehe etwa auch die sehr fragmentarischen (Rand-)Bemerkungen zum Verbraucherschutz bei *Tiedemann* (Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz), ZStW 93 (1981) 1077 ff.), *Heinz* (Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz), ZStW 96 (1984) 417 ff.) und *Otto* (Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz), ZStW 96 (1984) 339 ff.).

Wirtschaftsstrafrechts³¹⁴ Überlegungen, welche auch für die Zwecke des verbraucherschützenden (Wirtschafts-)Strafrechts Geltung beanspruchen.

353 Praktisch relevanter für die tägliche Rechtspraxis im Verbraucherschutz ist das Ordnungswidrigkeitenrecht. Hier fehlt es bislang gänzlich am Versuch übergreifend konzeptioneller Arbeiten – mit Ausnahme des Lebensmittelrechts. Das Ordnungswidrigkeitenrecht leidet zudem aus der Perspektive des Verbraucherrechts nicht zuletzt daran, daß der Gesetzgeber bei der Anknüpfung von Ordnungswidrigkeitentatbeständen an allgemein privatrechtliche oder lauterkeitsrechtliche Zuwiderhandlungen extrem zurückhaltend ist. Das verwundert um so mehr, als einige zivilrechtlich besonders in der Kritik stehende Tatbestände – insbesondere §§ 241a, 661a BGB aber auch (und zivilistisch weit weniger kritisch) die Buttonlösung nach § 312j III BGB – sich hinsichtlich ihrer gesetzgeberischen Wertung leicht auch dem Ordnungswidrigkeitenrecht und teilweise sogar dem Kriminalstrafrecht zuordnen ließen.³¹⁵

354 Auch beim Einsatz zu Zwecken des Verbraucherschutzes bleiben die **Sanktionen des Kriminalstrafrechts *ultima ratio*** staatlicher Rechtsdurchsetzung.³¹⁶ Den mit der Kriminalstrafe verbundenen schweren sozialemischen Vorwurf darf die Rechtsordnung nur bei besonders gewichtigem – den Tatbeständen des Kernstrafrechts zumindest nahekommendem – Unrecht erheben und auch nur unter dieser strengen Voraussetzung die entsprechenden – schwerwiegenden – Strafsanktionen verhängen.³¹⁷ Eine schlichte Rechtswidrigkeit und erstreckt das bloße Bestehen von – rechtlich nicht weiter geschützten – Verbraucherinteressen reichen dafür nicht aus.

Bereits ein Blick auf klassische Tatbestände des strafrechtlichen Vermögensschutzes zeigt jedoch, daß eine besondere verwaltungsrechtliche Aufmerksamkeit für die Betroffenheit der Rechtsgüter des Verbrauchers – anders als typischerweise im Ordnungswidrigkeitenrecht – nicht erforderlich ist, um Kriminalstrafen wegen Verletzung von im übrigen vor allem zivilrechtlich geschützten³¹⁸ Rechtsgütern des Verbrauchers zu legitimieren.³¹⁹

³¹⁴ Diesen sind denn auch die Ausführungen der vorstehenden Fußnote überwiegend gewidmet.

³¹⁵ Zur Strafbarkeit der Konstellationen des § 312j III BGB siehe BGH NJW 2014, 2595.

³¹⁶ Sehr skeptisch gegenüber der dogmatischen Leistungsfähigkeit des „so genannten Ultima-Ratio-Prinzips“ Frisch, Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens, NStZ 2016, 16, 23 f.

³¹⁷ In diesem Sinne allgemein Frisch, Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens, NStZ 2016, 16, 24.

³¹⁸ Eine direkte Anknüpfung an zivilrechtliche Normen ist freilich selten und hinsichtlich des Bestimmtheitsgebots auch nicht trivial, wie etwa die (Vor-)Geschichte des § 16 UWG zeigt, vgl. MüKo-UWG/Brammsen § 16 Rn. 43 ff.

³¹⁹ Möglicherweise liegt auch im verbreiteten Fehlen des verwaltungsrechtlichen „Zwischenschritts“ beim Schutz von Verbrauchervermögen und Verbraucherpräferenzen (siehe oben Kapitel 2 Rn. 133 ff.) ein Grund für die praktische Unabgrenzbarkeit von Kriminalstrafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht (dazu die folgende Fn 320).

So gewiß es ist, daß an die Setzung und Anwendung von Tatbeständen des **Ordnungswidrigkeitenrechts** deutlich geringere Anforderungen zu stellen sind, 355
so umstritten ist doch die richtige Bestimmung der Schwelle zwischen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht.³²⁰ Jenseits des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hat sich auch keine der Idee der *ultima ratio* vergleichbare untere Schwelle ausgebildet, ab welcher die Sanktion des Ordnungswidrigkeitenrechts überhaupt zugunsten von Verbrauchern eingesetzt werden darf. Konstatieren läßt sich jedenfalls, daß Ordnungswidrigkeitentatbestände zum Schutz von Verbrauchern **ganz überwiegend an Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Ge- oder Verbote** anknüpfen. Dieser Zusammenhang erklärt sich – wie für das Ordnungswidrigkeitenrecht generell – aus der historisch wie theoretisch engen Verknüpfung des Ordnungsunrechts mit dem Verwaltungsrecht, namentlich historisch bei der Polizeiübertretung und dem Verwaltungsstrafrecht und theoretisch bei der – früheren – Erklärung des Ordnungswidrigkeitenrechts als Sanktionierung von „Verwaltungsschäden“³²¹. Die **Sanktionierung von (reinen) Zivilrechtsverstößen** durch Ordnungswidrigkeitenrecht ist hingegen – trotz jüngerer rechtspolitischer Forderungen – bislang in Deutschland die **Ausnahme** geblieben.³²² Dies dürfte auch der überragenden praktischen Bedeutung der ganz überwiegend nicht mit Bußgeldern flankierten lauterkeitsrechtlichen³²³ und eben nicht verwaltungsrechtlichen Durchsetzung des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes geschuldet sein.

³²⁰ Siehe zur – kategorialen oder graduellen – Abgrenzung beider Materien etwa *Kluszczewski*, Ordnungswidrigkeitenrecht, München 2010, Rn. 4-52. Ob sich die – ohnehin durch viele Überlappungen gekennzeichnete – Grenze überhaupt straf- und ordnungswidrigkeitenrechtsimmanent ziehen läßt, darf füglich bezweifelt werden. Aus der Perspektive der Gesamtrechtsordnung geht es insbesondere bei der Frage, welche Rechtsverstöße der Gesetzgeber dem Kriminalstrafrecht zuordnen muß(!) um die richtige Konkretisierung staatlicher Schutzpflichten – um verfassungsrechtliche Vorgaben also und nicht um Strafrechtsdogmatik.

³²¹ Zu letzterem vgl. *E. Wolf*, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, in: Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Tübingen 1930, Band II, 516, 566 (im Gegensatz zu dem mit Kriminalstrafe belegten „Justizschaden“).

³²² Siehe – ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit – § 147b GewO, § 61 I Nr. 3 lit. c PBefG, § 149 I Nrn. 7b-7h TKG, § 20 UWG, § 53 I Nrn. 15-17 ZKG.

³²³ Dazu unten Kapitel 7.

I. Verbraucherschutz als strafrechtliches Rechtsgut?

Gelegentlich finden sich ausdrückliche Formulierungen einer Anerkennung des
356 Verbraucherschutzes als strafrechtlich geschütztes Rechtsgut.³²⁴ Ebenso gelegentlich findet sich aber auch ausdrücklicher Widerspruch gegen eine strafrechtliche Rechtsgutsqualität des Verbraucherschutzes.³²⁵ Im Grundsatz unstreitig ist hingegen, daß zahlreiche Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbestände zumindest auch den **Regelungszweck des Verbraucherschutzes** verfolgen.

Daß Rechtsgut und Telos von Strafnormen zumindest traditionell nicht dasselbe sind,³²⁶ wird dabei in manchen verknüpften Formulierungen übergangen. Auch die Rückbindung an einen – § 13 BGB gegebenenfalls vergleichbaren – Verbraucherbegriff erfolgt selten. § 16 UWG ist insoweit – vermittelt über § 2 II UWG – eine bemerkenswerte Ausnahme, über deren strafrechtlichen Konsequenzen (etwa hinsichtlich der Abhängigkeit der Strafbarkeit von unbestimmten Zwecksetzungen auf Opferseite) freilich kaum einmal nachgedacht wird. Zu diesem Befund dürften auch die ganz grundsätzlichen Zweifel an einer – über die verfassungsrechtlichen Schranken hinausgehenden – Leistungsfähigkeit der Rechtsgutstheorie beigetragen haben.

Der Versuch, Verbraucherschutz als **Individualrechtsgut** einzuordnen, scheitert
357 an der notwendigen Differenzierung zwischen strafrechtlich geschütztem Rechtsgut und dem **Verbraucher als Rechtsgutsträger**.³²⁷ Der einzelne Verbraucher wird zwar strafrechtlich hinsichtlich einer Reihe von Rechtsgütern –

³²⁴ OLG Celle, NJW 1987, 78, 79 (für § 4 UWG a.F., die Vorgängernorm zu § 16 UWG); G.Pfeiffer, Strafbare Werbung (§ 4 UWG), in: Festschrift für Otfried Lieberknecht zum 70. Geburtstag, München 1997, 207, 208 („h.M.“ für § 4 UWG a.F.); Vogel 242, Fn. 6 (für § 4 UWG a.F., unter – nur im Ansatz zutreffender – Berufung auf Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Band 2: Besonderer Teil, Hamburg 1976, 33 f., wo freilich nicht von einem Rechtsgut im strafrechtlichen Sinne die Rede ist.).

³²⁵ Besonders deutlich Vergho 26.

³²⁶ Siehe bereits Grünhut, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, in: Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Band I: Tübingen 1930, 1, 8 f. Ferner etwa Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, Berlin 1996, 257; Roxin, Strafrecht AT, 3. Aufl., § 2 Rn. 7-9; Amelung, Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003, 155, 156; Gaede, Kraft und Schwäche der systemimmanenten Legitimationsfunktion der Rechtsgutstheorie am Beispiel des Subventionsbetrugs, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003, 183, 185 f.

³²⁷ Zutreffend insoweit Vergho 24 f. (der an dieser Stelle freilich nicht hinreichend zwischen individuellen und überindividuellen („kollektiven“) Rechtsgütern differenziert).

etwa Vermögen und körperliche Integrität – geschützt,³²⁸ ist aber selbst nicht das geschützte Rechtsgut. Wohl aber kann der Verbraucher – insbesondere bei Integritätsverletzungen und Täuschungen – Tatobjekt sein.³²⁹

In der Konsequenz mancher kollektiv-rechtlicher Ansätze ließe sich argumentieren, der strafrechtliche Schutz des einzelnen Verbrauchers sei – nicht um seiner selbst willen, sondern – wegen dessen besonderer Funktion als Teil der Nachfragemacht geboten.³³⁰ Der einzelne Verbraucher wäre dann Rechtsgut eines kollektiven Rechtsgutsträgers.³³¹ Derartige Auffassungen entsprächen aber nicht dem personalistischen und freiheitlichen Grundansatz des deutschen Rechts insgesamt (vgl. Artt. 1, 2 GG).³³²

Weit weniger offensichtlich ist hingegen die Frage nach einer möglichen Einordnung von **Verbraucherschutz als überindividuelles** (kollektives, **Rechtsgut**.³³³ Immerhin finden sich in der Rechtsordnung immer wieder Verweise auf entsprechende überindividuelle Interessen von Verbrauchern und deren rechtlicher Berücksichtigung (Art. 169 I AEUV, § 4 Ia FinDAG). Dementsprechend ließe sich möglicherweise die Auffassung vertreten, einzelne Straftatbestände dienten – gegebenenfalls über den Schutz des einzelnen Verbrauchers hinaus – der Gesamtheit der Verbraucher oder doch wenigstens signifikanter Verbrauchergruppen. In Betracht kommt dies insbesondere für Tatbestände, welche wie § 16 UWG ohne eine konkrete Schädigung oder Gefährdung einzelner Verbraucher auskommen.

Die Frage ist keine rein theoretische. Zwar werden die Repräsentanten überindividueller Verbraucherinteressen kaum einen Nebenklagestatus nach § 395 III StPO erhalten können,³³⁴

³²⁸ Dazu unten Rn. 360 ff.

³²⁹ *Vergho* 25.

³³⁰ Vgl. *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt 1972, 389: die Person müsse nicht „um ihrer selbst, sondern sie um der Gesellschaft willen geschützt werden“. Vergleichbare Tendenzen speziell zu Verbrauchern finden sich bisweilen in besonders radikalen Ansätzen zum politischen Konsum vor allem zu ökologischen Zwecken.

³³¹ Zu Beispielen einer – solchen Überlegungen verwandten – *rein* instrumentalten Begründung subjektiver Rechte von Verbrauchern siehe oben Kapitel 1 Rn. 21.

³³² Siehe die Kritik bei *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln 2002, 67 ff. und insbesondere 71-73.

³³³ Zur herrschenden dualistischen Rechtsgutskonzeption für das deutsche Strafrecht vgl. *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln 2002, 73-83.

³³⁴ Zu den ohnehin bestehenden Zweifeln einer Erfassung von Vermögensdelikten durch diese Vorschrift siehe KK-StPO/*Senge* § 395 Rn. 11. Hingegen erscheint eine Beteiligung von Verbraucherverbänden nach § 13 II VwVfG an aufsichtsrechtlichen Verfahren mit Verbraucherrelevanz gegen Unternehmen erheblich realistischer.

immerhin könnten sich aber hinsichtlich der Einwilligungsfähigkeit einzelner Straftatbestände³³⁵ Änderungen ergeben. Soweit einzelne Tatbestände ausschließlich dem Verbraucherschutz als überindividuelles Rechtsgut dienen, kommt eine Straffreiheit kraft Einwilligung nicht in Betracht. Soweit Straftatbestände dem Schutz individueller Rechtsgüter des Verbrauchers dienen, könnte durch eine Hinzunahme des Verbraucherschutzes als überindividuelles Rechtsgut die Einwilligungsfähigkeit ebenfalls entfallen.

Auch hinsichtlich der Begründung eines überindividuellen Rechtsguts
359 Verbraucherschutz bestehen allerdings in mehrfacher Hinsicht **Bedenken**: Diese ergeben sich zunächst aus der großen Abstraktheit eines solchen Rechtsgutes, welche insbesondere im Vergleich zu den einzelnen Rechtsgütern des Verbrauchers **keine hinreichende Konturierung** des jeweiligen Straftatbestandes ermöglichen. Auch etwa einschlägige überindividuelle Rechtsgüter lassen sich erheblich sachnäher fassen – etwa beim (freien und fairen) Wettbewerb oder dem Schutz einer (überindividuellen) Vertragsfreiheit³³⁶ –, soweit eine derartige Kollektivierung überhaupt nötig ist.³³⁷

In ganz besonderem Maße gelten derartige Bedenken für allgemeine Verweise
360 auf zu schützende **überindividuelle Verbraucherinteressen**, soweit diese jeweils erst – durch politische Entscheidung – ausgefüllt werden.³³⁸ Insoweit besteht die Gefahr, daß ein **Blankettrechtsgut** kreiert wird, welches den Schutzgegenstand flexibel zu gestalten erlaubt. Auch insoweit bedarf es – soweit überhaupt ein verbraucherrelevanter kriminalpolitischer Bedarf gesehen wird – einer Rückführung auf das jeweilige Steuerungsziel, und dessen Definition als Rechtsgut.

Auch läßt sich bezweifeln, ob dem Verbraucherschutz als solchem ganz allgemein das typische Merkmal von Gemeinschaftsgütern eigen ist, daß der Markt keine ausreichenden Anreize zur Produktion setzt.³³⁹ Schließlich stimmt auch skeptisch, daß es sich beim Verbraucherschutz nicht um ein Gemeinschaftsgut handelt, bei welchem die potentielle Nutzbarkeit durch jedes

³³⁵ Hierzu insbesondere *Weigend*, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, ZStW 98 (1986) 44 ff.

³³⁶ Siehe etwa einzelne Literaturstimmen zum Wucher nach § 291 StGB, insbesondere *Kindhäuser*, Zur Struktur des Wuchertatbestandes, NStZ 1994, 105.

³³⁷ Zur Rückführbarkeit überindividueller Rechtsgüter auf Individualinteressen vgl. *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln 2002, 81-83 und 380.

³³⁸ Zu dieser zweiten – rein instrumentalen – Säule des Verbraucherrechts siehe bereits oben Kapitel 2 Rn. 93 ff.

³³⁹ Siehe *Engel*, Das Recht der Gemeinschaftsgüter, Die Verwaltung 30 (1997) 429, 435 ff.

Gesellschaftsmitglied gegeben ist³⁴⁰ – ein Rechtsgut Verbraucherschutz diskriminiert notwendig Unternehmer und taugt daher nicht selbstverständlich als Gemeinschaftsgut.

II. Verbraucherrelevanter Rechtsgüterschutz durch Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht

Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht betreiben in vielfältiger Weise verbraucherrelevanten Rechtsgüterschutz. Die einzelnen Tatbestände lassen sich den oben (§ 2) entwickelten allgemeinen Schutzgegenständen des Verbraucherrechts zuordnen. Dabei **schwankt** das **Ausmaß der Sanktionierung** sehr stark von Schutzgegenstand zu Schutzgegenstand. Da die betreffenden Rechtsgüter vielfach erheblich über den Bereich des Verbraucherrechts hinaus geschützt werden, nimmt es nicht Wunder, daß in den einschlägigen Tatbeständen kaum einmal ausdrücklich auf Verbraucher Bezug genommen wird. 361

1. Versorgung und Zugang

Eher selten werden Sanktionen zum Schutz der **Versorgung von Verbrauchern** und der Sicherung des **Zugangs** von Verbrauchern **zu Leistungen** ausgesprochen. Zwar kennt das Strafrecht generell etwa mit §§ 221, 323c StGB Tatbestände, die kraft einer Versorgungsverantwortung verwirklicht werden, diese sind aber gerade nicht auf eine besondere unternehmerische oder professionelle Verantwortung gegenüber Privatleuten zugeschnitten – die bei beiden genannten Tatbeständen diskutierten Anforderungen an professionelle Leistungserbringer ohne vorherige vertragliche Bindung³⁴¹ zeigen dieses Fremdsein mit der Idee unternehmerischer Versorgung für Private sehr deutlich. Bei unechten Unterlassungsdelikten werden sich auf Leistungserbringung gerichtete Erfolgsabwendungspflichten ohne eine vorherige Sonderbeziehung zwischen Täter und Opfer allenfalls in Konstellationen eines Kontrahierungszwanges oder 362

³⁴⁰ Für dieses Erfordernis *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln 2002, 112 f. und 381.

³⁴¹ Siehe zur Frage der (nicht) erweiterten Beistandspflicht von Ärzten bei § 323c StGB BGHSt 2, 296, 299 f.; BGHSt 21, 52 sowie BGH NSTz 1985, 409. Zum mit Verspätung auf einen Notruf reagierenden Polizeibeamten, Feuerwehrmann oder Notarzt im Hinblick auf § 221 II Nr. 2 StGB siehe NK/Neumann, § 221 StGB Rn. 24.

in funktional äquivalenten Situationen ergeben.³⁴² Insoweit geht es nämlich nicht um Pflichten kraft Übernahme, sondern um Pflichten zur Übernahme.

363 Wie sehr sich der Gesetzgeber für Versorgung und Zugang zu Leistungen auf den Markt verläßt, zeigt daß auch Nebenstrafrecht hier kaum eine Rolle spielt. Eine ebenso bemerkenswerte wie diese These bestätigende Norm ist § 1 WiStG, welcher Verstöße gegen die in Notstandsfällen eingreifenden Sicherstellungsgesetze (dazu oben Kapitel 2 Rn. 116) inkriminiert. Geschützte Rechtsgüter sind (überindividuell) die Versorgung der Bevölkerung, ferner (individuell) die körperliche Integrität der einzelnen Verbraucher (siehe § 1 III 2 Nr. 1 lit. b WiStG) sowie deren Vermögen (siehe § 1 III 2 Nr. 2 WiStG).³⁴³ Für die Lebensmittelversorgung enthält § 20 ESVG nunmehr eine eigene, § 1 I Nr. 3 WiStG ersetzende Strafnorm.³⁴⁴ Ausdrücklich angesprochene Rechtsgüter sind die Versorgung und das Vermögen der einzelnen Verbraucher; richtigerweise ist durch die Neuregelung der frühere Schutz der körperlichen Integrität nicht entfallen.

364 Einschlägige Ordnungswidrigkeitentatbestände finden sich gelegentlich im Kontext von Diskriminierungsverboten und Kontrahierungszwängen: So kann ganz generell der Ausschluß von Nachfragern unter Verstoß gegen Art. 102 I AEUV, §§ 19-21 GWB von Leistungen marktmächtiger Unternehmen Ordnungswidrigkeiten nach § 81 I Nr. 2, II Nr. 1, III Nrn. 1 und 2 GWB begründen.³⁴⁵ Einzelfälle betreffen etwa die Beförderungspflicht nach § 22 PBefG (§ 61 I Nr. 3 lit. c PBefG³⁴⁶) oder Verstöße gegen die Pflicht zum Angebot eines Basiskontovertrags und das Koppelungsverbot nach §§ 31, 32 ZKG (§ 53 I Nrn. 15, 16 ZKG).³⁴⁷ In anderen Fällen staatlicher Gewährleistungsverantwortung, etwa bei Universaldienstleistungen der Telekommunikation nach §§ 78 ff. TKG der Grundversorgung nach §§ 36 ff. EnWG oder der Beförderungspflicht öffentlicher Eisenbahnverkehrsunternehmen, finden sich entsprechende spezifische Sanktionen hingegen nicht,³⁴⁸ so daß nur eine Anwendung der allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Sanktionen in Betracht kommt.

2. Preisfairneß

365 Die **Preiskontrolle** gehört bereits zu den Klassikern strafrechtlichen Schwächerenschutzes. Sie hat – womöglich auch dank biblischer Wurzeln³⁴⁹ – jedenfalls in Gestalt des Wucherverbotes auch die Einführung der

³⁴² Insoweit kommt den in BVerfGE 115, 25 und BVerfG NJW 2017, 2096 aufgestellten Maßstäben gegebenenfalls auch strafrechtliche Bedeutung zu.

³⁴³ Vgl. *Reimer/Kempny*, Einführung in das Notstandsrecht, Verwaltungsrundschau 2011, 253, 257.

³⁴⁴ Das Versäumnis der Aufhebung von § 1 I Nr. 3 WiStG ist normativ unschädlich, weil der Norm nunmehr die Referenznorm des § 22 Ernährungssicherstellungsgesetz abhanden gekommen ist.

³⁴⁵ Zur umstrittenen Begehung als unechtes Unterlassungsdelikt iSv § 8 OWiG vgl. *Immenga/Mestmäcker/Dannecker/Biermann*, § 81 GWB Rn. 103.

³⁴⁶ Zur Kasuistik siehe etwa *Erbs/Kohlhaas/Lampe* § 22 PBefG Rn. 14.

³⁴⁷ Weitere Beispiele sind die zur Sanktionierung der Sicherstellungsgesetze dienenden Tatbestände in § 2 WiStG und § 19 ESVG.

³⁴⁸ Siehe die Kritik bei *Rott*, Das Basiskonto nach dem Entwurf des Zahlungskontengesetzes, *VuR* 2016, 3, 9.

³⁴⁹ Siehe zur Strafdrohung Exodus 22, 23.

Gewerbefreiheit und den politischen Liberalismus des 19. Jahrhunderts überstanden. Mit dem allgemeinen Leistungswucher nach § 291 I 1 Nr. 3 StGB verdeutlicht das deutsche Recht, daß es – jedenfalls gegenüber besonders verletzbaren Vertragspartnern³⁵⁰ – **materielle Grenzen** der Preisvereinbarung gibt.³⁵¹

Während historisch der Schwerpunkt hierbei auf dem Kreditwucherverbot (§ 291 I 1 Nr. 2 StGB) liegt,³⁵² wird in jüngerer Zeit vor allem der Mietwuchertatbestand (§ 291 I 1 Nr. 1 StGB) fruchtbar gemacht,³⁵³ der zusätzlich noch durch § 5 WiStG ordnungswidrigkeitenrechtlich flankiert ist.³⁵⁴ Daneben wird mit dem Vermittlungswucher (§ 291 I 1 Nr. 4 StGB) auch das Verhalten von Intermediären sanktioniert.

Die breiten Anwendungsfelder für den allgemeinen Leistungswucher nach § 291 I 1 Nr. 3 StGB (für die Situationen der Ausbeutung besonderer Verletzlichkeit) und die Ordnungswidrigkeit der Preisüberhöhung nach § 4 WiStG (für Marktstörungen, Beschränkung des Wettbewerbs, wirtschaftliche Machtstellung und Mangellage) erlauben – im Rahmen der engen rechtsstaatlich gebotenen Grenzen – auch eine Sanktionierung neuer überzogener Preismodelle. So ist etwa der Versuch die Vereinbarung von anwaltlichen Erfolgshonoraren mit den Mitteln des Wuchertatbestandes zu bekämpfen, lediglich am Fehlen der besonderen Verletzlichkeit des individuell betroffenen Mandanten gescheitert.³⁵⁵ Dasselbe Schicksal erlitt mangels Ausbeutung der Notlage bislang überwiegend der Versuch, überzogene Honorare für Schlüsseldienste mit den Mitteln des Strafrechts einzudämmen.³⁵⁶

³⁵⁰ Die Konkretisierung folgt dabei keinem typisierten Verbraucherleitbild (leicht irreführend daher Schönke/Schröder/Heine/Hecker § 291 Rn. 25: Wegweisung durch das Verbraucherleitbild des EuGH), sondern knüpft an die individuelle Schutzbedürftigkeit des jeweiligen Vertragspartners an: RGSt. 60, 216, 225; BGHSt 11, 182; BGHSt 13, 233.

³⁵¹ In jüngerer Zeit hat sich freilich vor allem *Kindhäuser* (u.a. in: Zur Struktur des Wuchertatbestands, NStZ 1994, 105) für die Vertragsfreiheit als durch den Wucher geschütztes Rechtsgut ausgesprochen.

³⁵² Die meisten im Schrifttum jüngeren Entscheidungen zum Kreditwucher betreffen zivilrechtliche Streitigkeiten. Siehe aber OLG Karlsruhe, NJW 1988, 1154.

³⁵³ Siehe etwa BGHSt 30, 280; OLG Karlsruhe, NJW 1997, 3388.

³⁵⁴ Dazu etwa OLG Frankfurt NJW-RR 1994, 1233; OLG Hamburg ZMR 1994, 470.

³⁵⁵ BGHSt 59, 318 Rn. 17 (Erfolgshonorarvereinbarung in Erbschaftsangelegenheit). Ob es an der erforderlichen Verletzlichkeit etwa auch in Fällen von Massenschäden fehlen würde, bedarf erst noch der Klärung.

³⁵⁶ OLG Köln, NJ 2017, 158 unter ausdrücklichem Hinweis (Rn. 10) auf den bestehenden zivilrechtlichen Rechtsschutz. Zu diesem etwa AG Köln, VuR 2015, 431.

Die bestehenden Gebührenordnungen für Freiberufler (RVG, HOAI, GOÄ, GOZ) sind hingegen selbst nicht strafrechtlich oder durch Bußgelder bewehrt. Trotz der besonderen Hürden von § 291 I 1 Nr. 3 StGB und § 4 WiStG erscheint es jedoch – etwa bei entsprechenden Notlagen oder für Gegenden mit Ärztemangel – nicht unrealistisch, besonders überzogene Abweichungen von den Gebührensätzen auch entsprechend zu sanktionieren.³⁵⁷ Soweit Preisvereinbarungen gegen europäisches oder deutsches Wettbewerbsrecht verstoßen, kommen zudem Ordnungswidrigkeiten nach § 81 GWB in Betracht.

366 Sanktioniert werden zudem formelle Grenzen der Preisvereinbarung. Eine allgemeine Regel enthält insoweit § 3 WiStG, der vorsätzliche und fahrlässige Verstöße gegen Rechtsvorschriften über Preise, Preisspannen, Zuschläge oder Abschläge, über Preisangaben, über Zahlungs- oder Lieferungsbedingungen sowie über andere der Preisbildung oder dem Preisschutz dienende Maßnahmen sanktioniert.³⁵⁸ Allerdings ist die Vorschrift durch das – in §§ 3 I 2, 16 WiStG nur geringfügig abgemilderte – Erfordernis einer ausdrücklichen Verweisung in § 3 I 1 WiStG³⁵⁹ sowie durch die unausgesprochene Subsidiarität gegenüber Straf- oder Bußgeldandrohungen anderer Preisregelungen³⁶⁰ erheblich eingeschränkt. Ihren Sinn erhält die Blankettnorm³⁶¹ damit vor allem durch § 10 PAngV, wodurch das formelle Preisrecht ganz weitgehend sanktioniert wird. Eine Sanktionierung von Verstößen gegen (sicherheitsbehördliche oder polizeiliche) vollziehbare Verwaltungsakte zur Durchsetzung des Preisangabenrechts ist hingegen mangels entsprechenden Bußgeldtatbestands in § 10 PAngV ausgeschlossen.³⁶²

367 Bislang völlig unerschlossen ist die Frage einer Anwendung der straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionierungen auf andere Gegenleistungen, insbesondere auf die Fälle des „Zahlens mit Daten“.³⁶³ Während das formelle Preisrecht wegen seiner Fokussierung auf Gegenleistungen in Geld ausscheidet, kommt eine Anwendung der materiellen Preiskontrolle nach § 291 I 1 Nr. 3 StGB und § 4 WiStG grundsätzlich in Betracht. Dabei wird trotz Widerruflichkeit die unbefristete Erteilung einer Einwilligung in Fällen relativ geringwertiger Leistungen zwar ein auffälliges Mißverhältnis respective ein unangemessen hohes Entgelt darstellen können. Die Ausbeutung einer besonderen Schwächelage respective eine Leistung lebenswichtigen Bedarfs wird freilich vielfach nicht vorliegen.

³⁵⁷ Praktisch steht aber im Hinblick auf die Informations- und Aufklärungspflichten (etwa §§ 3a, 4a RVG, § 2 II GOÄ, § 2 II GOZ) derzeit eher die Strafbarkeit nach § 263 StGB im Raume, vgl. nochmals BGHSt 59, 318. Für ärztliche Notfall- und Schmerzbehandlungen vgl. zudem § 2 I 3 GOÄ, § 2 I 3 GOZ und dazu *Spickhoff*, Medizinrecht, § 2 GOÄ Rn. 9; ein Verstoß hiergegen dürfte zudem Körperverletzungsdelikte eröffnen.

³⁵⁸ Zum Verbraucherschutzzweck der Vorschrift BeckOK OWiG/*Kudlich* § 3 WiStG Rn. 1.

³⁵⁹ Siehe OLG Celle, NSTz 1984, 368.

³⁶⁰ Erbs/Kohlhaas/*Lampe*, Strafrechtliche Nebengesetze, § 3 WiStG Rn. 1.

³⁶¹ Zur Verfassungskonformität vgl. OLG Stuttgart, NJW 1981, 2479, 2480.

³⁶² Erbs/Kohlhaas/*Ambs*, Strafrechtliche Nebengesetze, § 10 PAngV Rn. 28 (str.).

³⁶³ Dazu wegweisend *Langhanke*, Daten als Leistung, Tübingen 2017 (im Erscheinen). Ferner *Langhanke/Schmidt-Kessel*, Consumer Data as Consideration, EuCML 2015, 218 ff.; zuletzt etwa *Schmidt-Kessel/Grimm*, Unentgeltlich oder entgeltlich? – Der vertragliche Austausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten, ZfPW 2017, 84 ff.

3. Körperliche Integrität

Der Schutz körperlicher Integrität ist eine **klassische Kernaufgabe des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes**. Anders als bei den sehr ³⁶⁸ marktbezogenen Schutzrichtungen des Zugangs und der Preisfairneß ist hier auch die Benennung einschlägiger Rechtsgüter und Tatbestände des Kernstrafrechts unschwer möglich: Aus dem strafrechtlichen Integritätsschutz lassen sich hier in erster Linie die **Tötungsdelikte**, insbesondere §§ 211, 212, 222 StGB, sowie die **Körperverletzungsdelikte**, insbesondere §§ 223, 224, 226, 227, 229 StGB, auch aus der Perspektive des Verbraucherschutzes interpretieren. Für die Praxis verbraucherschützender Strafverfolgung sind insoweit vor allem die **Fahrlässigkeitsdelikte** der §§ 222³⁶⁴, 229³⁶⁵ StGB relevant.

Dabei hat sich der Bereich der **strafrechtlichen Arzthaftung** und insgesamt des Medizinstrafrechts zu einer – hier nicht im Mittelpunkt stehenden – Spezialmaterie entwickelt. Die Sonderstellung des Arztstrafrechts beruht dabei auch auf dem Umstand, daß die tatbestandliche Konstruktion der Körperverletzungsdelikte³⁶⁶ – anders als sonst ganz überwiegend beim strafrechtlichen Integritätsschutz von Verbrauchern – häufig Vorsatzdelikte in Betracht kommen läßt. Dementsprechend zentral ist die Frage der – inzwischen auch durch die zivilrechtlich durch §§ 630d, 630e BGB flankierte – Regelung der Einwilligung nach § 228 StGB.

Schrittmacher der Entwicklung des strafrechtlichen Integritätsschutzes für Verbraucher ist die **strafrechtliche Produkthaftung**.³⁶⁷ Hier sind insbesondere ³⁶⁹ wesentliche Orientierungspunkte für die Begründung der unternehmerischen Erfolgsabwendungspflicht aus Garantenstellung als Voraussetzung unechter Unterlassungsdelikte (§ 13 StGB), der Grenzziehung zwischen Unterlassen und

³⁶⁴ Siehe hierzu OLG Koblenz, LMRR 1980, 25 (Hygienemängel in Metzgerei); LG Aachen, JZ 1971, 507 (Contergan). Vgl. auch BGHSt 52, 159 (fehlerhafte Bremskontrolle in Werkstatt; kein Verbraucherfall), BGH NJW 2010, 1087 (Bad Reichenhaller Eissporthalle) sowie BGHSt 47, 224 (Wuppertaler Schwebebahn).

³⁶⁵ Siehe insbesondere BGHSt 37, 106 (Lederspray); BGH LMRR 1988, 29 (Mandelbienenstich); OLG Karlsruhe, NJW 1981, 1054 (Reifenrückruf); OLG Koblenz, LMRR 1980, 25 (Hygienemängel in Metzgerei); LG Aachen, JZ 1971, 507 (Contergan).

³⁶⁶ Siehe bereits RGSt 25, 375; ferner BGHSt 11, 111; BGHSt 43, 306, 308; BGHSt 45, 219, 221; zuletzt etwa BGH NJW 2011, 1088 (Zitronensaftfall). Zur – teilweise auch auf Art. 103 II GG gestützten – Kritik der herrschenden Lehre an der Tatbestandlichkeit des ärztlichen Heileingriffs siehe etwa Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben § 223 Rn. 30 (eigene differenzierte Lösung Rn. 31-64) sowie Spickhoff/Knauer/Brose § 223 Rn. 16 ff.

³⁶⁷ Siehe die Mehrzahl der oben (Fn. 364, 365) zitierten Entscheidungen. Aus der Literatur insbesondere Bosch (s.o. vor Rn. 1) sowie Kuhlen, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, Heidelberg 1989.

positivem Tun in solchen Fällen sowie für die täterschaftliche Verantwortung von Betriebsinhaber und Organmitgliedern jenseits § 14 StGB gesetzt worden.

Das Inverkehrbringen schadensursächlicher Produkte nach Kenntnis der Gefahr insbesondere ist durch die Lederspray-Entscheidung des Bundesgerichtshofs den Mitgliedern der Geschäftsführung selbst als eigenes Handeln im Sinne eines positiven Tuns angelastet worden.³⁶⁸ Die unmittelbare strafrechtliche Bedrohung der Leitungsebene von Unternehmen seit 1990 hat sich in der Folgezeit in vielen Gefährdungssituationen als segensreiche Quelle zügiger Reaktionen betroffener Unternehmen ausgewirkt. Der berühmt-berüchtigte auf § 153 III a.F. StPO gestützte Einstellungsbeschuß des LG Aachen im Contergan-Skandal³⁶⁹ hatte – nicht zuletzt wegen des für die Verantwortlichen des Herstellerunternehmens Grünenthal verhältnismäßig glimpflichen Ausgangs – im Jahre 1971 noch keine vergleichbaren Wirkungen gezeitigt.

Das **Inverkehrbringen** fehlerhafter Produkte begründet eine Garantenstellung
370 der Verantwortlichen im Unternehmen aus **Ingerenz**³⁷⁰ und damit die strafrechtliche Verantwortung für **unechte Unterlassungsdelikte**.

Die Pflichtwidrigkeit ergibt sich insoweit bereits aus dem verfassungsrechtlichen Schutz der körperlichen Unversehrtheit; konkretisierend lassen sich einfach gesetzliche Ausformungen anführen. Solche finden sich etwa in den allgemeinen Formulierungen der § 3 I Nr. 2 ProdSG, Art. 14 Lebensmittelbasisverordnung (EG) Nr. 178/2002, §§ 5, 17, 26, 30 LFGB, § 5 AMG. Einzelne „Ausreißer“, die sich bei Massenerzeugnissen nicht ausnahmslos vermeiden lassen, sollen unter Umständen die Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens entfallen lassen können. Diskutiert wird zudem ein Ausschluß der strafrechtlichen Pflichtwidrigkeit bei nur geringfügigen Nachteilen für Verbraucher bei existenzgefährdenden Folgen des Rückrufs.³⁷¹ Soweit allerdings in Kenntnis der Sachlage das betreffende Produkt weiterhin in Verkehr gebracht wird, liegt ohnehin positives Tun vor,³⁷² welches von einem solchen Ausschluß nicht erfaßt würde.

Diese objektive Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens begründet – auch bei Schuldlosigkeit des Vorverhaltens³⁷³ und auch strafrechtlich – das Entstehen dafür, daß sich die damit verbundene Gefahr nicht in einem entsprechenden

³⁶⁸ BGHSt 37, 106.

³⁶⁹ LG Aachen, JZ 1971, 507.

³⁷⁰ BGHSt 37, 106. Gegen diese Auffassung stellen sich freilich weite Teile des Schrifttums, siehe statt aller *Bosch* 186 ff. Sein Hinweis (S. 199) darauf, auch produkthaftungsrechtlich werde für Entwicklungsrisiken nicht gehaftet, ist aus zivilrechtlicher Perspektive freilich dann nicht stichhaltig, wenn man die Haftungsentlastung wegen Entwicklungsrisiken – wie dies in Europa verbreitet geschieht – zumindest funktional auf der Verschuldensebene angesiedelt wird. Strafrechtlich läge das auf der Linie, welche den Ansatz einer weiten Ingerenzgarantenstellung erst im subjektiven Tatbestand und bei der Schuld wieder einschränken will; insoweit argumentiert BGHSt 37, 106 in der Tat sehr zivilrechtsnah (vgl. *Bosch* 187 ff.).

³⁷¹ Offen gelassen bei BGHSt 37, 106.

³⁷² BGHSt 37, 106.

³⁷³ BGHSt 37, 106, 119.

Schaden verwirklicht³⁷⁴ und damit eine strafrechtliche Pflicht zum Rückruf. Das gilt namentlich auch für **Konsumgüter** und zwar sowohl für deren Herstellung wie auch für deren Vertrieb.³⁷⁵ Herstellung und Vertriebsorganisation haben den umfassendsten Überblick, da sich bei ihnen die Schadensmeldungen sammeln, und ein von ihnen ausgehender Rückruf hat im Vergleich zum Eingreifen Dritter eine größere Wirkungschance.³⁷⁶

Vertragliche Pflichten reichen hingegen nicht ohne weiteres zur Begründung einer strafbewehrten Garantenpflicht aus. Eine strafrechtlich relevante Pflicht im Rahmen vertraglicher Beziehungen setzt vielmehr voraus, daß besondere Umstände vorliegen wie etwa ein besonderes Vertrauensverhältnis, eine ständige Geschäftsverbindung, überlegenes Fachwissen oder generell Situationen, in denen die eine Partei darauf angewiesen ist, daß ihm die andere die für seine Entschließung maßgebenden Umstände offenbart.³⁷⁷ Umgekehrt kann die tatsächliche Übernahme einer Pflicht auch über die vertraglichen Pflichten hinaus ebenfalls eine Garantenstellung begründen.³⁷⁸

Während sich im Kernstrafrecht – abgesehen von der verbraucherrechtlich sehr speziellen Situation des § 221 StGB – kaum verbraucherrechtlich relevante **371** Delikte zur Gefährdung der körperlichen Integrität finden, sind die einschlägigen **Tatbestände des Nebenstrafrechts** und des Ordnungswidrigkeitenrechts kaum zu überblicken. Das gilt insbesondere für den Bereich des allgemeinen und besonderen **Produktsicherheitsrechts**, für welches zunächst § 39 ProdSG eine ganze Reihe Ordnungswidrigkeitentatbestände – teilweise als Blanketttatbestände – etabliert. Auf einigen dieser Ordnungswidrigkeitentatbestände setzt § 40 ProdSG mit Strafdrohung von einem Jahr Freiheitsstrafe einen den Vorsatz des Täters erfordernden Straftatbestand mit den Varianten der beharrlichen Wiederholung und der Gefährdung von Leben oder Gesundheit eines anderen (oder von Sachen von bedeutendem Wert) auf. Für die entsprechenden **lebensmittelrechtlichen Straftatbestände** in §§ 58, 59 LFGB werden derartige zusätzliche Tatbestandsmerkmale zunächst nicht vorgesehen. § 58 V StGB sieht jedoch unter anderem in zwei Fällen der Lebens-

³⁷⁴ BGHSt 37, 106 gegen *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, München 1979, 99 ff.

³⁷⁵ BGHSt 37, 106.

³⁷⁶ BGHSt 37, 106.

³⁷⁷ BGH NJW 2010, 1087 (Bad Reichenhaller Eissporthalle).

³⁷⁸ BGHSt 47, 224 (Wuppertaler Schwebebahn). Daß damit nicht zugleich eine – in der Regel arbeitsvertragliche – Pflicht nach § 241 II BGB begründet wird, kommt freilich allenfalls dort in Betracht, wo die strafrechtliche Übernahme nicht zu einer Pflichtenbegründung beim Vertragspartner führt.

oder Gesundheitsgefährdung Regelbeispiele für einen besonders schweren Fall vor. Regelungstechnisch umgekehrt zum Produktsicherheitsrecht knüpfen die Ordnungswidrigkeitentatbestände des § 60 LFGB teilweise – mit der Fahrlässigkeitsvariante – an die objektiven Tatbestände des § 59 LFGB an (Abs. I), um anschließend noch eigenständige Bußgeldtatbestände zu etablieren (Abs. II-IV). Weitere Tatbestände finden sich in anderen Bereichen des besonderen Produktsicherheitsrechts, etwa in §§ 95-98 AMG.

372 Läßt sich das Produktsicherheitsstrafrecht durch die bestehenden produktsicherheitsrechtlichen Regelungen noch einigermaßen erfassen, gilt dies für den Integritätsschutz durch **Dienstleistungssicherheitsstrafrecht** in keiner Weise. Hier bleibt es regelmäßig mangels spezieller Vorschriften bei der **Anwendung des Kernstrafrechts zum Integritätsschutz**. Die einschlägigen gewerberechtlichen Bestimmungen in §§ 144-148b GewO wie auch im Handwerksrecht oder im Personenbeförderungsrecht dienen zumindest ganz überwiegend nicht dem Integritätsschutz. Ärztliche Handlungen werden strafrechtlich – von ganz speziellen Fällen abgesehen – weitestgehend mit den Mitteln des Kernstrafrechts bewältigt. Bei Hebammen ist die Leistung von Geburtshilfe ohne die nach § 4 HebG erforderliche Erlaubnis ordnungswidrig nach § 25 Nr. 2 HebG.

4. Vermögens- und sonstiger Präferenzenschutz

373 Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechtlicher Vermögens- und Präferenzenschutz zugunsten von Verbrauchern schützt in erster Linie deren Autonomie. Für Vermögen und Präferenzen gilt auch dem Strafrecht – schon wegen der schwierigen Feststellbarkeit seiner Präferenzen – der **autonom handelnde Verbraucher** mit seiner Entscheidungsfreiheit als der beste Schutz seiner selbst. Die Sanktionen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts für den Präferenzenschutz setzen daher in erster Linie beim Schutz der Autonomie des Verbrauchers an. Damit steht der **strafrechtliche Täuschungsschutz** im Mittelpunkt. **Paradigma** für den Präferenzenschutz ist dementsprechend der **Betrugstatbestand des § 263 StGB**.

374

Rechtsgut von § 263 StGB ist nach ganz überwiegender Auffassung jedoch das **Vermögen** als solches³⁷⁹ und nicht schon die Redlichkeit im Geschäftsverkehr und auch **nicht** die **Dispositionsfreiheit** als solche.³⁸⁰ Dem entspricht die Kurzformel vom „Selbstschädigungsdelikt“, bei welcher ebenfalls der Vermögensschaden im Mittelpunkt steht und die auslösende Autonomiebeschränkung der erfolgreichen Täuschung lediglich im „selbst“ verschlüsselt ist.

Die **Täuschung** als Tathandlung stellt, soweit aktiv betrieben, den wohl schwersten Fall der Gefährdung der Verbraucherpräferenzen dar (s. Kapitel 2 375 Rn. 133 ff.). Sie kann **ausdrücklich** oder als Vorspiegeln durch **schlüssiges Verhalten** geschehen. Wer etwa Angebotsschreiben planmäßig durch Verwendung typischer Rechnungsmerkmale – insbesondere durch die hervorgehobene Angabe einer Zahlungsfrist – so abfaßt, daß der Eindruck einer Zahlungspflicht entsteht begeht eine (ggf. versuchte) Täuschung i.S.v. des § 263 I StGB durch schlüssiges Verhalten, wenn demgegenüber die – kleingedruckten – Hinweise auf den Angebotscharakter völlig in den Hintergrund treten.³⁸¹ Auch durch die (partielle) Nichteinhaltung der Vorgaben durch verbraucherrechtliche Informationspflichten und Musterformulare kann sich eine Täuschung durch schlüssiges Verhalten ergeben.

Für die ausdrückliche Täuschung stellt sich im übrigen das unten Rn. 378 ff. – auch für konkludente Täuschungen – noch zu erörternde Problem des Verhältnisses zu den Vorgaben des Unionsrechts nicht. Dieses gestattet nämlich Unternehmern in keiner Weise eine ausdrückliche Täuschung von Verbrauchern.

Im Zusammenspiel mit den zahllosen **Informationspflichten** des Verbraucherrechts kommt freilich auch eine **Täuschung durch Unterlassen** als 376 tatbestandsmäßiges Verhalten im Sinne eines unechten Unterlassungsdelikts in Betracht, wenn die gebotene Information nicht erfolgt. Das setzt nach den allgemeinen Regeln des § 13 StGB voraus, daß der Täter die ihm mögliche Information des anderen unterläßt, daß ihn ferner eine Garantenpflicht zur Erteilung der Information trifft und daß schließlich das Unterlassen der

³⁷⁹ BGHSt 16, 220, 221 (Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft der Kaufsache); BGHSt 16, 321, 325 (Täuschung über Sonderpreis bei Verkauf zum Listenpreis).

³⁸⁰ In diesem Sinne aber *Kindhäuser*, ZStW 103, 398 und *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, 65. Zurückhaltender inzwischen NK/*Kindhäuser* § 263 StGB Rn. 13-15: „Verkürzung eines Freiheitspotenzials“.

³⁸¹ BGHSt 47, 1 (verschleiertes Angebot für erneute Veröffentlichung von Todesanzeigen im Internet).

Tatbestandsverwirklichung durch aktives Tun entspricht. Dabei muß die Garantenpflicht für die Zwecke von §§ 263, 13 StGB dem Vermögensschutz dienen.³⁸² Daß ist bei den dem Präferenzenschutz von Verbrauchern dienenden Informationspflichten durchgehend der Fall, sofern sich nicht die Informationen auf den Vertragsinhalt gar nicht auswirken können. An die Erfüllung der Entsprechensklausel des § 13 StGB werden bei geschriebenen Informationspflichten, die dem Verbraucher gerade eine informierte Entscheidung ermöglichen sollen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden.³⁸³

Für das richtige Verständnis der Wirkungen von § 263 StGB für den
377 **Täuschungsschutz** ist entscheidend, daß dieser vollständig **auf den individuellen Verbraucher** und seine Informationsbedürfnisse **zugeschnitten** ist. Nach ständiger Rechtsprechung gilt es zwar nicht als Zweck des Betrugstatbestandes allzu sorglose Menschen vor den Folgen ihres eigenen unbedachten Tuns zu schützen,³⁸⁴ jedoch lassen weder Leichtgläubigkeit noch Erkennbarkeit der Täuschungshandlung den Charakter einer Täuschung entfallen,³⁸⁵ noch schließen sie eine irrumsbedingte Fehlvorstellung aus.³⁸⁶ Umgekehrt entfällt die Täuschung – sondern nur der tatbestandliche Erfolg der Irrtumserregung – auch nicht dadurch, daß der Verbraucher den Betrug aufgrund besonderer Kenntnisse oder besonderer intellektueller Fähigkeiten durchschaut.

Besondere Diskussionen hat in diesem Zusammenhang – sowohl für die
378 konkludente Täuschung als auch für die Täuschung durch Unterlassen – die Frage nach dem Vorrang des Unionsrechts bei **vollharmonisierten Informationspflichten** ausgelöst. Teilweise wird hier befürchtet, der Betrugstatbestand könne hier nicht unverändert beibehalten oder angewandt werden, da ein unionsrechtlich zulässiges Kommunikationsverhalten nicht strafbar sein dürfe.³⁸⁷ Dabei ist freilich das unterschiedliche Ansetzen von

³⁸² Richtig KG, JR 1984, 292 (in einem Zivilrechtsstreit nach § 263 StGB: Fordern eines unstatthaften Erfolgshonorars).

³⁸³ Vgl. für einen Fall der unterbliebenen aber nach § 242 BGB geschuldeten Mitteilung des Wegfalls des Eigenbedarfs des Vermieters nach erklärter Eigenbedarfskündigung BayObLG, NJW 1987, 1654, 1656.

³⁸⁴ BGHSt 3, 99, 103; BGHSt 47, 1, 4; BGH NJW 2014, 2595, Rn. 20.

³⁸⁵ BGHSt 34, 199, 201 f.; BGH NJW 2003, 1198; BGH NJW 2014, 2595, Rn. 20.

³⁸⁶ BGH NJW 2014, 2595, Rn. 20.

³⁸⁷ Soyka, Einschränkungen des Betrugstatbestands durch sekundäres Gemeinschaftsrecht am Beispiel der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, wistra 2007, 127, 130 ff.

Unionsrecht und § 263 StGB in den Blick zu nehmen: Formalisierte Informationspflichten, etwa nach Art der Artt. 246 ff. EGBGB oder § 5a III UWG verpflichten den Unternehmer unabhängig von der konkreten Vertragsschlußsituation zu Information. Soweit diese Informationspflichten – etwa bei Art. 246a EGBGB – vollharmonisierend sind, dürfen der nationale Gesetzgeber wie auch die nationale Rechtsprechung weder dahinter zurück bleiben noch den Verbraucher darüber hinaus schützen. Das **zwingt** das nationale Recht jedoch einerseits **nicht dazu**, jedes Zurückbleiben hinter den unionsrechtlichen Anforderungen als **strafwürdige Täuschung** anzusehen – insoweit zwingt das unionsrechtliche Äquivalenzprinzip nur dazu, die unionsrechtlichen Informationspflichten nicht schlechter zu behandeln als vergleichbare autonome. Umgekehrt verlangt das Unionsrecht **nicht** danach, daß der Unternehmer **bei Erfüllung der Informationspflichten immer straffrei** ist. Vielmehr lassen es auch vollharmonisierende Informationspflichten wegen ihres abstrakt-präventiven Ansatzes zu, daß das nationale Recht dem Unternehmer im Einzelfall weitergehende Pflichten zur Vermeidung von Irrtümern des Verbrauchers im konkreten Falle auferlegt. Vorsicht ist allenfalls dort geboten, wo sich aus vielfacher Wiederholung derselben Situation mitgliedstaatlich ein neuer abstrakter Standard der Information entwickelt. Strafrechtlich ist dies freilich angesichts vergleichsweise geringer Fallzahlen kaum vorstellbar. Bei der strafrechtlichen Anknüpfung an etwa im nationalen Zivilrecht autonom ausgebildete abstrakte Pflichtenstandards, wären bereits diese ggf. unionsrechtswidrig, so daß sich an der Tatbestandsstruktur des § 263 StGB nichts ändern würde.

Ein Eingreifen unionsrechtlicher Standards – hier nun nicht bloß für das Strafrecht – kommt freilich auch dort in Betracht, wo im Rahmen des Betrugs durch **379** konkludente Täuschung oder durch Täuschung durch Unterlassen **eigenständige strafrechtliche Anforderungen** an das Informationsverhalten des Unternehmers entwickelt werden. Teilweise wird hier eine Bindung an die Maßstäbe eines unionsrechtlichen Verbraucherleitbildes angenommen.³⁸⁸ Das ist jedoch in dieser Allgemeinheit unrichtig, weil Kollisionen mit unionsrechtlichen Vorgaben nicht zuletzt durch die Verzahnung von § 263 StGB mit der

³⁸⁸ So insbesondere Soyka, Einschränkungen des Betrugstatbestands durch sekundäres Gemeinschaftsrecht am Beispiel der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, wistra 2007, 127, 130 ff.; Dannecker, Die Dynamik des materiellen Strafrechts unter dem Einfluß europäischer und internationaler Entwicklungen, ZStW 117 (2005) 697, 707 ff., 712 f.

Gesamtrechtsordnung nahezu ausgeschlossen sind.³⁸⁹ Primärrechtlich käme insoweit vor allem ein für die Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten maßgebliches Leitbild für eine Einschränkung von § 263 StGB in Betracht. Soweit es nicht wiederum um standardisierte Gebote an das Kommunikationsverhalten geht, bleibt das allgemeine und auf den Einzelfall zu konkretisierende Täuschungsverbot des § 263 StGB als solches innerhalb der verbleibenden Spielräume nationaler Gesetzgeber immer rechtfertigungsfähig.³⁹⁰ Allenfalls unverhältnismäßige oder diskriminierende Anforderungen an das unternehmerische Kommunikationsverhalten insbesondere bei der Täuschung durch schlüssiges Verhalten oder Unterlassen böten hier einen Ansatz für die Grundfreiheiten. Praktisch ist dies allerdings angesichts der Maßgeblichkeit der individuellen Situation und ihres untrennbaren Zusammenhangs mit den tatrichterlichen Feststellungen kaum vorstellbar.

Dasselbe gilt im Ergebnis auch, wo **unionsrechtlich geleitet** allgemeine
380 Täuschungs- und Irreführungsverbote nach Art von §§ 5, 5a UWG oder § 11 LFGB respective Art. 8 LebensmittelbasisVO Nr. 178/2002 **konkretisiert** werden. Diese Konkretisierung erzwingt weder eine Betrugsstrafbarkeit, weil das nationale Recht frei darin ist, die Grenzen der Strafbarkeit – vorbehaltlich der Einhaltung des unionsrechtlichen Äquivalenzprinzips – enger zu ziehen als die der rechtswidrigen Täuschung, noch schließt es sie aus, wenn die Anforderungen der genannten Täuschungs- und Irreführungsverbote eingehalten sind. Letzteres beschreibt nämlich zumindest für die genannten Tatbestände wegen deren überindividuellen, gruppenbezogenen Ansatzes jeweils nur die abstrakt-generelle Abwesenheit einer relevanten Täuschungs- respective Irreführungsgefahr. Ob das an diesen abstrakten Maßstäben gemessen rechtmäßige Kommunikationsverhalten im Hinblick auf den individuellen Verbraucher nicht doch eine Täuschung herbeiführen kann, ist damit nicht entschieden. Den Anspruch erheben die Vorschriften auch nicht.

³⁸⁹ Zutreffend daher *Heim*, Die Vereinbarkeit der deutschen Betrugsstrafbarkeit (§ 263 StGB) mit unionsrechtlichen Grundsätzen und Regelungen zum Schutz der Verbraucher vor Irreführungen, Göttingen 2013, 218 *et passim*. Zutreffend etwa auch schon *Vergho* 119 f., 301 sowie *Bosch*, „Moderne Vertriebsformen“ und Schutz des „exquisit Dummen“, FS Samson, München 2010, 241, 243.

³⁹⁰ Die vorsätzliche Täuschung ist insoweit ein denkbar schlechtes Beispiel für die Prüfung von Grundfreiheiten.

Unter den vielen dem Betrug vorausliegenden Tatbeständen zur Täuschungsvermeidung verdient sie **strafbare Werbung nach § 16 I UWG** 381 besondere Aufmerksamkeit. Bestraft wird nach dieser Vorschrift die irreführende Werbung durch **unwahre Angaben**, in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind. Zusätzlich erforderlich ist die Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Da § 16 I UWG einen Vermögensschaden nicht voraussetzt, greift die Vorschrift als Vorfelddelikt bereits unterhalb der Schwelle zum Betrug ein.³⁹¹ Ähnliche Sanktionen finden sich immer wieder in verschiedenen Einzeltatbeständen, etwa auch des Lebensmittelrechts.³⁹²

5. Personale Integrität

Strafnormen und Bußgeldtatbestände zum Schutz der personalen Integrität des Verbrauchers haben **Seltenheitswert**, und ebenso einschlägige 382 Entscheidungen.³⁹³ Der allgemeine strafrechtliche Persönlichkeitsschutz des Kernstrafrechts nach den §§ 185 ff. StGB spielt für Verbraucher praktisch bislang kaum eine Rolle. Das mag sich freilich künftig durch die durch das NetzDG begründeten Garantenstellungen von Plattformbetreibern, deren Kunde eine in ihrer personalen Integrität verletzte Person regelmäßig sein wird, ändern. Kernstrafrechtlich gehört hingegen der Geheimnisschutz nach § 203 StGB zu den wichtigen verbraucherschützenden Tatbeständen, vor allem für Vertrauensdienstleistungen. Praktisch bedeutsam ist dies vor allem für den Schutz von Bankkunden und Honorarschuldnern vor Abtretungen geworden.³⁹⁴

Datenschutzrechtlich sieht das bisherige Datenschutzrecht vor allem **Ordnungswidrigkeitentatbestände** für Fehlverhalten des Verantwortlichen vor, 383 die auch den Kundendatenschutz betreffen. Das gilt insbesondere für § 43 I Nr. 3-9 und II Nr. 1-6 BDSG. Diese Tatbestände haben vor allem in der jüngeren Vergangenheit Bedeutung auch in der Öffentlichkeit erlangt; ihre Verhängung

³⁹¹ BGHSt 52, 227, Rn. 52.

³⁹² Vgl. Erbs/Kohlhaas/Diemer § 16 UWG Rn. 118 (vornehmlich zu möglichen Konkurrenzen zu § 16 UWG).

³⁹³ Siehe die entsprechende Bemerkung von Golla, Anm. zu OLG Karlsruhe ZD 2017, 478, 479 für Entscheidungen zu §§ 43, 44 BDSG.

³⁹⁴ Dazu grundlegend Kramme, Der Konflikt zwischen dem Bankgeheimnis und Refinanzierungsabtretungen, Deutschland - Frankreich – Schweiz, Tübingen 2014.

gerade bezüglich Kundendaten wird entsprechend wahrgenommen. **Strafbar** werden Verstöße i.S.v. § 43 II BDSG als Antragsdelikt nach § 44 BDSG wenn diese vorsätzlich erfolgen und zwar entweder gegen Entgelt oder in der Absicht, sich oder einen anderen zu bereichern, oder schließlich in der Absicht, einen anderen zu schädigen.

Die DatenschutzGVO sieht nun mehr in Art. 83 IV-VI wiederum eine ganze Reihe von Bußgeldtatbeständen vor, die auch die Vorgaben für den Kundendatenschutz ganz weitgehend sanktionieren (insbesondere Art. 83 V DatenschutzGVO).³⁹⁵ § 43 BDSGneu begründet zusätzlich Bußgeldtatbestände für Verstöße gegen das neue deutsche Bundesdatenschutzrecht. Die Straftatbestände nach dem neuen § 42 BDSGneu haben hingegen an Eigenständigkeit gewonnen, bleiben aber weiterhin Antragsdelikte. § 42 I Nr. 1 BDSGneu stellt die wissentlich unbefugte Übermittlung nicht allgemein zugänglicher personenbezogener Daten einer großen Zahl von Personen unter Strafe, wenn dabei gewerbsmäßig gehandelt wird; dasselbe gilt nach § 42 I Nr. 2 BDSGneu für das Zugänglichmachen für einen Dritte auf andere Weise. Nach § 42 II BDSG ist – partiell überschneidend mit dem bisherigen § 44 BDSG – die unberechtigte Verarbeitung (Nr. 1) nicht allgemein zugänglicher personenbezogener Daten und deren Erschleichung durch unrichtige Angaben (Nr. 2) strafbar, wenn dabei gegen Entgelt oder in der Absicht gehandelt wird, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen.

384 Zu den zentralen Institutionen des Datenschutzrechts gehört die Ermächtigung des Verantwortlichen durch eine **datenschutzrechtliche Einwilligung**, die sich künftig nach Artt. 4 Nr. 11, 6 I 1 lit. a, 7 DatenschutzGVO richtet. Diese Möglichkeit einer datenschutzrechtlichen Rechtfertigung trifft nun mit der Möglichkeit einer **rechtfertigenden Einwilligung** oder eines **tatbestandsausschließenden Einverständnisses** mit der Folge des Ausschlusses der Ordnungswidrigkeit oder der Straftat mangels Rechtswidrigkeit respective Tatbestandsmäßigkeit zusammen. Letztere Möglichkeiten bestehen grundsätzlich auch für die Straftaten und Ordnungswidrigkeiten des Datenschutzrechts.³⁹⁶ Dabei sind für das deutsche Recht im Hinblick auf divergierende Anforderungen beide – regelmäßig in einem Akt erfolgende – Einwilligungen getrennt zu beurteilen.³⁹⁷ In der Sache geht es dabei darum, ob bei berechtigten Einwänden gegen die Wirksamkeit oder Reichweite der datenschutzrechtlichen Einwilligung die straf- oder

³⁹⁵ § 41 BDSGneu verweist insoweit für das Verfahren weitgehend auf das OWiG.

³⁹⁶ OLG Karlsruhe, ZD 2017, 478 (für § 43 BDSG: Einwilligung) und Golla, Anm. zu OLG Karlsruhe ZD 2017, 478, 479 (auch für § 44 BDSG; jeweils tatbestandsausschließendes Einverständnis). Ob alle Delikte im straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sinne auch einwilligungsfähig sind, bedarf freilich ggf. noch der Klärung.

³⁹⁷ So OLG Karlsruhe, ZD 2017, 478. Dagegen Golla, Anm. zu OLG Karlsruhe ZD 2017, 478, 479 unter Befürwortung einer gespaltenen Auslegung von § 4a BDSG.

ordnungswidrigkeitenrechtliche Einwilligung gleichwohl die Sanktion ausschließen kann. Möglich ist das wohl nur bei getrennter Betrachtung.³⁹⁸

Ob sich eine solche Trennung auch künftig in Anwendung von Art. 83 DatenschutzGVO aufrecht erhalten lassen wird, ist freilich fraglich.³⁹⁹

III. Verantwortung von Leitungspersonen in Unternehmen

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit unmittelbar im Kontakt mit dem Verbraucher stehender Personen bereitet – eine entsprechende Pflichtenlage oder ein entsprechendes aktives Fehlverhalten vorausgesetzt – vergleichsweise geringe Schwierigkeiten. Ohne eine solche Opfernähe wird die Begründung strafrechtlicher Verantwortung hingegen erheblich komplizierter. Die damit vor allem angesprochene strafrechtliche **Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung** für Schäden von Verbrauchern ist bislang weitgehend im Bereich des Integritätsschutzes entwickelt worden.⁴⁰⁰ Eigene Beschlüsse sind den Mitgliedern der Geschäftsleitung dabei – selbstverständlich – als eigene Taten zuzurechnen. Allerdings bereitet insoweit – anders als bei den Fällen der Unterlassung – die Begründung dieser Zurechnung⁴⁰¹ Schwierigkeiten, weil insoweit organisatorische Verantwortung und tatsächlich ausgeübte Herrschaft divergieren.⁴⁰²

Das gilt auch insoweit, als die Umsetzung entsprechender Beschlüsse – teilweise – über Tochtergesellschaften erfolgt; insoweit kommen zusätzlich eigene Taten der Geschäftsleitungen der Tochtergesellschaft in Betracht.⁴⁰³

³⁹⁸ Siehe aber den Vorschlag einer gespaltenen Auslegung bei *Golla*, Anm. zu OLG Karlsruhe ZD 2017, 478, 479.

³⁹⁹ Vgl. die Andeutung bei *Golla*, Anm. zu OLG Karlsruhe ZD 2017, 478, 480.

⁴⁰⁰ Leitentscheidung wiederum BGHSt 37, 106 (Lederspray). Siehe ferner *Bosch* (s.o. vor Rn. 350).

⁴⁰¹ *Bosch* 244 Fn. 785 spricht mit Recht von einem „Wechsel zu einem dem Garantendenken entlehnten Verantwortungsprinzip“ und verweist zudem (S. 247) auf die Nähe zu den unechten Unterlassungsdelikten.

⁴⁰² Siehe *Bosch* 248. Dies zeigt sich etwa auch in der tatsächlichen Möglichkeit überstimmter Leitungsmitglieder oder ungehört bleibender Mitarbeiter, sich warnend an die Öffentlichkeit oder an zuständige Stellen zu wenden. Weitere Hinweise zu möglichen Beteiligten und Tätern sowie deren Verantwortung bei *Bosch* 251.

⁴⁰³ BGHSt 37, 106, 108 f. (nachträgliches zu eigen machen ausreichend).

Auch Handlungspflichten aus Ingerenz treffen die Mitglieder der Unternehmensleitung in Person, und zwar auch dann, wenn sie erst nach dem vorausgehenden Fehlverhalten die Leistungsposition im Unternehmen eingenommen haben.⁴⁰⁴ Dabei gilt zwar grundsätzlich das **Ressortprinzip**, welches die Pflichten der nicht zuständigen Mitglieder der Unternehmensleitung auf solche der Überwachung des zuständigen reduziert. Das betrifft insbesondere die hinreichende Organisation der Risikoprävention. In Krisen- und Ausnahmesituationen – insbesondere massenhafter Schadensfälle – hingegen greift hingegen das **Prinzip der Gesamtverantwortung** und Allzuständigkeit der Unternehmensleitung insgesamt.

Diese Verantwortung wird für die einzelnen Mitglieder nicht schon dadurch beseitigt, daß ein anderes Mitglied der Unternehmensleitung faktisch einen allein beherrschenden Einfluß ausübt.⁴⁰⁵ Allerdings begrenzen die Grenzen der Mitwirkungsrechte auch die eigene Verantwortung etwa überstimmter Mitglieder der Unternehmensleitung.⁴⁰⁶ Ob diese sich freilich immer im bestmöglichen Ausüben dieser Rechte erschöpft oder nicht gegebenenfalls auch Warnungen an die Öffentlichkeit auch entgegen der grundsätzlichen internen Loyalitätspflichten geboten sind, ist bislang nicht vollständig geklärt. Allgemeine Regeln zum Schutz von Whistleblowern finden sich für den Integritätsschutz ebenso wenig wie für den strafrechtlichen Verbraucherschutz insgesamt.

Die betreffenden Pflichten der Unternehmensleitung sind als solche auch **nicht** in dem Sinne **delegierbar**, daß eine solche Delegation die strafrechtliche Verantwortung entfallen ließe. Das Hinzutreten von mit der Gefahrbeseitigung betrauten Mitarbeitern oder Dritten entläßt die Mitglieder der Unternehmensleitung insoweit nicht aus ihrer Garantenstellung.⁴⁰⁷ An die Übernahme eigener Verantwortung durch Mitarbeiter sind sowohl hinsichtlich der Teilnahme als auch erst recht hinsichtlich einer Täterschaft hohe Anforderungen zu stellen. So sind Mitarbeiter nicht für Fehlentscheidungen der Unternehmensleitung verantwortlich, die aufgrund sachlich richtigen und hinsichtlich der Wertungen vertretbaren Rats – falsch – getroffen werden.⁴⁰⁸

⁴⁰⁴ BGHSt 37, 106.

⁴⁰⁵ BGHSt 37, 106.

⁴⁰⁶ Zur Frage der fahrlässigen Mittäterschaft bei kollektiver Unternehmensleitung siehe BGHSt 37, 106 sowie *Bosch* 282-309.

⁴⁰⁷ BGHSt 47, 224 (Wuppertaler Schwebebahn).

⁴⁰⁸ BGHSt 37, 106 (dort hypothetisch anders für den Fall des – fehlerhaften – Abratens vom Rückruf).

Kapitel 7: Lauterkeitsrecht als Instrument des Verbraucherschutzes

Das Lauterkeitsrecht nimmt im Verbraucherschutz eine Sonderrolle ein, die sich aus seiner **Zwischenstellung zwischen privatrechtlichem Interessenausgleich und öffentlich-rechtlicher Standardsetzung und Gefahrenabwehr** ergibt.⁴⁰⁹ Diese Zwischenstellung wird bereits in der für zivilrechtliche Gesetze in Deutschland ungewöhnlichen Zielbestimmung in § 1 UWG deutlich.⁴¹⁰ Sie zeigt sich ferner darin, daß nicht allein verletzte Mitbewerber – insoweit geht es tatsächlich um klassischen privatrechtlichen Interessenausgleich, der freilich im Sinne eines *private enforcement* zu Marktordnungsgründen instrumentalisiert wird – sondern auch Interessenvereinigungen und Behörden nach § 8 II UWG klagebefugt sind. Materiell ist das Lauterkeitsrecht zudem vielfach präventiv gegenüber abstrakten Gefahren – vielfach der Irreführung von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern – ausgerichtet und gleicht auch darin eher dem Gefahrenabwehrrecht. Mit dem ausgefeilten Instrument der Abmahnung nach § 12 I UWG verfügt das Lauterkeitsrecht sogar über einen – wenn auch formal begrenzten – Selbsttitulierungsmechanismus, wie er an sich dem Verwaltungsrecht vorbehalten ist.

Diese Besonderheit des deutschen Lauterkeitsrechts wird auch rechtsvergleichend schnell deutlich. Ein ähnlich geschlossenes System eines privatrechtlich organisierten Lauterkeitsrechts kennen trotz mancher Ansätze – etwa in Frankreich und Italien – traditionell nur wenige Rechtsordnungen.⁴¹¹ Auch die Umsetzung der UGP-RL 2005/29/EG haben die meisten Mitgliedstaaten nicht zum Anlaß genommen ein zivilrechtliches Lauterkeitsrecht auszuprägen. Vielmehr ist die Richtlinie vielfach öffentlich-rechtlich in die Rechtsordnungen transformiert worden und wird nicht selten primär durch Bußgelder und ähnliche Verwaltungsanktionen durchgesetzt.

I. Schutzzwecke des Lauterkeitsrechts

Die angesprochene **Zwischenstellung** zwischen privatrechtlichem Interessenausgleich und öffentlich-rechtlicher Standardsetzung und Gefahrenabwehr wird in der Zwecksetzung nach § 1 UWG deutlich, wenn das Gesetz ausdrücklich sowohl das Interesse Einzelner (der Mitbewerber) als auch

⁴⁰⁹ Zurückhaltender Ohly/Sosnitza/*Ohly* Einführung Rn. 5 (wo der „kollektivrechtliche Einschlag“ aber betont wird).

⁴¹⁰ Siehe den berechtigten und im Unterton kritischen Hinweis bei Rittner/Dreher/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 8. Aufl. Heidelberg 2014, Rn. 53.

⁴¹¹ Für eine rechtsvergleichende Umschau siehe Schmidt-Kessel/Schubmehl (Hrsg.), Lauterkeitsrecht in Europa, München 2011.

– ausweislich der fehlenden Klagebefugnis nach § 8 UWG – **überindividuelle Verbraucherbelange** als auch schließlich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb schützt.

Diese Ausrichtung auch auf den (überindividuellen) Verbraucherschutz ist
390 **historisch wie rechtspolitisch alles andere als selbstverständlich**. Bereits bei der Entstehung der des Marken- und Warenzeichenrechts Ende des 19. Jahrhunderts und dem Erlaß des ersten UWG 1896 war die Ausrichtung streitig.⁴¹² Unter dem UWG 1909 setzte sich dann in der Rechtsprechung⁴¹³ ein Prozeß zur dauerhaften Ausrichtung auf den „Schutz des Publikums“ respective der Verbraucher in Gang, der teilweise als der Wandel vom rein individualschützenden zum sozialrechtlichen Verständnis interpretiert wurde.⁴¹⁴ Berühmt ist freilich auch die wütende Gegenäußerung *Baumbachs* aus seiner ersten UWG-Kommentierung aus dem Jahre 1929: Danach handele es sich um einen „grundlegenden, nicht auszurottenden Irrtum, daß das deutsche Wettbewerbsrecht auch das Publikum, den Verbraucher schütze“.⁴¹⁵

Bis heute wird in den großen Bearbeitungen und Kommentierungen des
391 Lauterkeitsrechts **vorzugsweise wettbewerbstheoretisch gedacht**. In diesem Sinne prägt § 1 S. 2 UWG das Grundverständnis des Gesetzes bis heute mehr als die drei in § 1 S. 1 UWG genannten Personengruppen Mitbewerber, Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer. Letztere werden – in der klassischen Perspektive auf das UWG – vornehmlich funktional und ihr Schutz als Funktionsbedingung des Wettbewerbs verstanden. Daß im UWG beides nebeneinander steht und der **Verbraucherschutz** im UWG damit **doppelt begründbar** ist, wird selten ausdrücklich ausgesprochen.⁴¹⁶

Dem Verbraucherschutzzweck steht nicht entgegen, daß er grundsätzlich **nicht**
392 **durch individuelle Ansprüche des Verbrauchers** verwirklicht wird. Verbraucherschutz bedeutet auch für das UWG nicht zwingend Individualschutz. Zudem war und ist der überindividuelle Ansatz nicht selbstverständlich und wird auch nicht vollständig durchgehalten. Bereits im geltenden Recht besteht mit dem Verbot unzumutbarer Belästigungen durch § 7 UWG eine – teilweise

⁴¹² Siehe auch die auf den Schutz von Kaufleuten ausgerichtete Entscheidung RGSt 45, 355.

⁴¹³ Siehe etwa RGZ 108, 272, 274 (*Merx*); RGZ 120, 47, 49 (*Markenschutzverband*); RGZ 128, 330, 342 f. (*Graf Zeppelin*).

⁴¹⁴ So insbesondere *Ulmer*, GRUR 1937, 772 f.

⁴¹⁵ *Baumbach*, Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Berlin 1929, 128 f.

⁴¹⁶ Insbesondere aber von Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Podszun* § 1 UWG Rn. 52.

konsequent als systemfremd kritisierte – Vorschrift mit individualschützendem Telos, die dementsprechend auch – anders als das UWG im übrigen – teilweise als Schutzgesetz i.S.v. § 823 II BGB verstanden wird.⁴¹⁷ Vor der Reform 2004 gewährte zudem § 13a UWG a.F. dem Verbraucher (und anderen Abnehmern) bei unwahren und irreführenden Werbeangaben ein – § 123 BGB partiell funktionsäquivalentes – Rücktrittsrecht vom Vertrag. Noch davor war dem 1986 eingeführten und bereits 1994 wieder aufgehobenen Verbot von mengenmäßigen Beschränkungen pro Kunde als Werbeaussage in § 6d UWG a.F. in Teilen des Schrifttums ein Kontrahierungszwang mit Anspruch des Verbrauchers entnommen worden.⁴¹⁸ Spätestens mit der Reform von 2004 ist das UWG freilich im Sinne einer – den sicherheitsrechtlichen Subsidiaritätsgedanken funktional entsprechenden – Aufgabenteilung im Wesentlichen auf den überindividuellen Verbraucherschutz beschränkt worden.

II. Anwendungsbereich

Das Lauterkeitsrecht schützt ausweislich § 2 II UWG neben Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern **Verbraucher i.S.v. § 13 BGB** und zwar auch ohne 393 rechtsgeschäftliches Tätigwerden. Die reine Marktteilnahme zu privaten Zwecken im Vorfeld von Vertragsschlüssen und auch ohne eine konkrete Vertragsschlußabsicht genügt (siehe Kapitel 3 Rn. 239). Allerdings kommt dem Verbraucherbegriff für das UWG nur eine **recht eingeschränkte Begrenzungswirkung** zu. Zwar ist eine Reihe einzelner Bestimmungen des UWG nur auf Verbraucher i.S.v. § 13 BGB i.V.m. § 2 II UWG bezogen, jedoch ermöglicht die Generalklausel des § 3 I UWG die Angleichung der Maßstäbe im

⁴¹⁷ Offen gelassen von BGH GRUR 2016, 813, Rn. 14 ff. Im Schrifttum wird dies freilich überwiegend mit dem Hinweis verneint, § 8 III UWG verdränge § 823 II BGB: Köhler/Bornkamm/Köhler § 7 UWG Rn. 14; BeckOGK/Spindler § 823 Rn. 327. Daß Rechtsprechung und herrschende Lehre § 7 UWG gleichzeitig eine zentrale Funktion bei der Konkretisierung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs zubilligen (BGH NJW 2009, 2958; BGH GRUR 2013, 1259; BGH GRUR 2016, 813, Rn. 14) ist angesichts des vornehmlich verbraucherschützenden Hintergrundes der Vorschrift teleologisch und ohnehin angesichts § 1 S. 1 UWG auch systematisch nicht nachvollziehbar.

⁴¹⁸ Traub, § 6d UWG: Faktischer Kontrahierungszwang und Täuschung über die vorhandene Warenmenge, WRP 1987, 709 ff. Die Rechtsprechung hat dies freilich abgelehnt: BGH NJW 1990, 1179 (Meister-Aktuell).

Einzelfall ohne die – oben, Kapitel 3 Rn. 234 ff. diskutierte – Notwendigkeit einer Analogiebildung.

Insbesondere läßt sich unlauteres Verhalten gegenüber Non-Profit-Organisationen ohne weiteres nach denselben Maßstäben beurteilen, die auch zugunsten von Verbrauchern gelten. Der Umstand, daß § 3 IV UWG nur für Verbraucher formuliert ist, entfaltet keine Sperrwirkungen für ähnliche Gruppenbildungen bei sonstigen Marktteilnehmern.

394 Andererseits sind die Schutzwirkungen des UWG auf das **Verhalten von Unternehmern** gerichtet. Dieser Zuschnitt erfolgt im Gesetz zwar nicht ausdrücklich, ergibt sich jedoch aus den weiteren Anwendungsvoraussetzungen. Überwiegend ungeschrieben (vgl. aber §§ 6 II Nr. 3, 16 II, 18 I UWG) ist zunächst ein **Handeln im geschäftlichen Verkehr** erforderlich. Darunter fallen – im Sinne eines marktgerichteten Tätigwerdens – alle Maßnahmen, die auf die Förderung eines beliebigen – auch fremden – Geschäftszwecks gerichtet sind. Das umfaßt positives Tun und konkludente Verhaltensweisen ebenso wie ein Unterlassen, soweit – wie etwa bei § 5a UWG – eine Verpflichtung zum Tätigwerden besteht. Wird jemand im Rahmen eines Geschäftsbetriebs tätig, besteht eine widerlegliche tatsächliche Vermutung für ein Handeln im geschäftlichen Verkehr.

395 An einem Handeln im geschäftlichen Verkehr **fehlt** es hingegen bei **rein privatem Tätigwerden** etwa als Verkäufer bei eBay. Ferner sind rein betriebsinterne Handlungen wie auch hoheitliches Tätigwerden nicht vom UWG erfaßt. Umgekehrt ist das UWG – trotz seinen historischen Wurzeln in der Gewerbefreiheit⁴¹⁹ – nicht auf **Gewerbetreibende** beschränkt, sondern erfaßt auch das Handeln anderer Unternehmer insbesondere von **Freiberuflern**. Auch das Verhalten von Unternehmerverbänden und der öffentlichen Hand bei Teilnahme am Markt ist an den Maßstäben des UWG zu messen.

396 Zusätzlich muß das Handeln im geschäftlichen Verkehr **auch eine geschäftliche Handlung** i.S.v. § 2 I Nr. 1 UWG bilden. Das UWG erfaßt danach jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluß. Damit ist – anders als früher – auch die Vertragsdurchführung selbst am Maßstab des Lauterkeitsrechts zu messen. Geschäftliche Handlungen finden nicht allein im unmittelbaren Umfeld des Vertragsschlusses statt, sondern werden durch die Definition des § 2 I Nr. 1 UWG weit ins Vorfeld vorverlagert. Insbesondere genügt es, daß das Verhalten objektiv

⁴¹⁹ Köhler/Bornkamm/Köhler, Einleitung Rn. 2.1 spricht unter Hinweis auf RGZ 3, 67, 69 (*Apollinaris*) treffend von einem Versagen der Rechtsprechung im Rahmen der Verwirklichung der Gewerbefreiheit (die er freilich zu Unrecht erst auf die GewO 1869 zurückführt).

mit der **Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Leistungen** (die auch Grundstücke betreffen können) zusammenhängt. Ebenso genügt ein objektiver Zusammenhang des Verhaltens mit der **Durchführung eines** bereits abgeschlossenen **Vertrags**.

Im Einzelnen erfaßt das UWG als geschäftliche Handlung auch sämtliches wettbewerbsförderndes Medienhandeln, etwa das Anzeigen- oder sonstige **397** Werbegeschäft, und zwar sowohl digital als auch analog. Auch Vergleichsportale werden erfaßt, sofern sie die verglichenen Unternehmen nicht gleich behandeln, sondern einzelne davon bevorzugen. Ohne eine solche Bevorzugung nehmen etwa Preisvergleichsplattformen hinsichtlich ihrer Kunden nach herrschender Auffassung regelmäßig nicht am Wettbewerb teil und unterliegen dementsprechend nicht dem UWG. Ebenfalls nicht erfaßt sind Hyperlinks von Online-Medien zur Erläuterung redaktioneller Beiträge, die allein der Information und Meinungsbildung der Nutzer dienen sollen.⁴²⁰

III. Klagebefugnisse und andere subjektive Rechte

Als Rechtsfolgen unlauterer Handlungen begründet das UWG nur in geringem Maße Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbestände, von welchen nur §§ 16, 20 **398** UWG für Verbraucher relevant sind. Praktisch wichtiger sind demgegenüber die begründeten **Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung** nach § 8 UWG, wobei Unterlassungsansprüche Wiederholungsgefahr oder Erstbegehungsgefahr voraussetzen. Nur Mitbewerbern stehen hingegen Schadensersatzansprüche nach § 9 UWG zu und der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG kann nur zugunsten des Bundeshaushalts geltend gemacht werden.⁴²¹

Die Ansprüche nach § 8 UWG auf Unterlassung und Beseitigung sind den in § 8 III UWG genannten Personen vorbehalten. Dem Verbraucherschutzzweck nach **399** § 1 UWG steht **kein Anspruch des Verbrauchers** auf Unterlassung oder Beseitigung gegenüber. Geltend machen können die Lauterkeit daher nur die in § 8 III UWG genannten Mitbewerber, die Interessenverbände der Mitbewerber,

⁴²⁰ BGHZ 158, 343; BGHZ 206, 103 (für die Ausnahme davon).

⁴²¹ Dazu mittlerweile immerhin die Entscheidungen in Auskunftsklagen zum Zwecke der Gewinnermittlung OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2017, 331 sowie OLG Schleswig, BeckRS 2016, 10214 (mit zweimaliger Ablehnung von Anträgen auf Einstellung der Zwangsvollstreckung durch BGH BeckRS 2016, 08730 und BGH BeckRS 2017, 100148).

die klagebefugten Verbraucherverbände sowie – bislang ohne praktische Relevanz – die Industrie- und Handelskammern oder die Handwerkskammern.

Zu weitgehend fehlenden sonstigen Ansprüchen des Verbrauchers siehe oben Rn. 391.

IV. Die Abmahnung als außergerichtliche Selbsttitulierung

400 Zur **scharfen verbraucherschützenden Waffe** wird das Lauterkeitsrecht vor allem durch die Abmahnung nach § 12 I UWG. Sie ermöglicht in vielen Fällen und nicht nur zum Zwecke des Verbraucherschutzes die **außergerichtliche Durchsetzung** des Lauterkeitsrechts **auf Kosten des Unternehmers**. Funktional handelt es sich um einen Mechanismus außergerichtlicher Selbsttitulierung.

401 Die Abmahnung besteht typischerweise aus drei Teilen, nämlich der eigentlichen Abmahnung, einer vorbereiteten strafbewehrten Unterlassungserklärung sowie der Anwaltsrechnung des Abmahnenden. Die **eigentliche Abmahnung** besteht in der Bezeichnung des beanstandeten Verhaltens. Sie muß den Abgemahnten in die Lage versetzen, den ihm gemachten Vorwurf zu prüfen.⁴²² Die Abmahnung enthält zudem das Verlangen der Unterwerfung durch Abgabe der üblicherweise beigefügten mit einer Vertragsstrafevereinbarung bewehrten Unterlassungserklärung.⁴²³ Sie ist typischerweise mit einer Fristsetzung für die Unterwerfung und die Androhung gerichtlicher Maßnahmen verbunden.⁴²⁴

402 Die **Erklärung der Unterlassung mit Vereinbarung einer Vertragsstrafe** ist das im Gesetz (§ 12 I 1 UWG) vorgesehene Instrument zur Beilegung des Streits und damit zur Beseitigung der Erstbegehungs- oder Wiederholungsfahr. Dabei dient die Vertragsstrafe nicht allein der Dokumentation der Ernsthaftigkeit des Unterlassungswillens⁴²⁵ sondern auch der Durchsetzung der Unterlassung selbst. Zudem hat sie bei Verwirkung Kompensationsfunktion, ohne daß sie – abgesehen von der insoweit nur eingeschränkt wirkenden Herabsetzungsmöglichkeit nach § 343 BGB⁴²⁶ – darauf beschränkt wäre.

⁴²² Zuletzt etwa BGH GRUR 2015, 403 (*Monsterbacke II*).

⁴²³ Ohly/Sosnitza/Sosnitza § 12 UWG Rn. 16.

⁴²⁴ Zur Beantwortungspflicht des Abgemahnten aus § 242 BGB s. BGH GRUR 1990, 381.

⁴²⁵ Vgl. Ohly/Sosnitza/Sosnitza § 12 UWG Rn. 33.

⁴²⁶ Diese besteht gemäß § 348 HGB auch nur bei Unternehmern, die keine Kaufleute sind.

§ 12 I 2 UWG begründet zudem einen **Anspruch auf Ersatz der** für die Abmahnung erforderlichen **Kosten**,⁴²⁷ bei denen es sich primär um **403** Anwaltskosten handelt. Maßgebend dafür ist, daß zum Zeitpunkt der Abmahnung die Berechtigung dazu vorlag.

Bei abmahnenden Verbänden sind freilich nur die durch die Abmahnung verursachten Personal- und Sachkosten erstattungsfähig, die pauschaliert geltend gemacht werden können. Damit wird insbesondere bei den Verbraucherverbänden auf die – regelmäßig staatlich finanzierte, vgl. § 4 II 2 UKlaG – vorhandene Personal- und Sachausstattung Rücksicht genommen, welche die Einschaltung eines Anwaltes entbehrlich macht.⁴²⁸

Für die besondere Wirksamkeit der Abmahnung ist nun entscheidend, daß der Anwalt aus seinem Mandat befugt ist, die durch sein **Honorar** entstehenden Kosten dem Abgemahnten **direkt in Rechnung zu stellen**. Im Kontext der neuen verbraucherschützenden Sektoruntersuchung nach § 32e V GWB hat der Gesetzgeber nunmehr als Vorbeugung gegenüber Mißbräuchen durch Trittbrettfahrer die Erstattungsfähigkeit für Abmahnungen nach Veröffentlichung der Ergebnisse der Sektorenuntersuchung ausgeschlossen, § 32e VI GWB.

V. Originärer lauterkeitsrechtlicher Schutz

Der wettbewerbliche Ausgangspunkt des herkömmlichen Lauterkeitsrechts beeinflußt – vorbehaltlich der Konformität mit der UGP-RL 2005/29/EG auch die **404** **durch das UWG selbst** erkennbar **geschützten Rechtsgüter des Verbrauchers**. Im Mittelpunkt steht das Metaschutzziel der **Autonomie** des Verbrauchers. § 3 II UWG spricht es in der verbraucherschützenden Generalklausel ausdrücklich an: Unlauter sind gegen die unternehmerische Sorgfalt i.S.v. § 2 I Nr. 7 UWG verstoßende geschäftliche Handlungen, wenn sie **zu einer wesentlichen Beeinflussung des Verbraucherverhaltens geeignet** sind. Angesprochen wird die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers – nach Aufhebung des früheren § 4 Nr. 1 UWG a.F. – heute vor allem in § 4a I 2 UWG

⁴²⁷ Zur vor 2004 ohne den damals neu eingeführten § 12 I 2 UWG üblichen Abrechnung über Geschäftsführung ohne Auftrag und Schadensersatz siehe BGHZ 52, 393, 399 (*Fotowettbewerb*); BGH GRUR 1982, 489 (*Korrekturflüssigkeit*); BGHZ 115, 210, 212 (*Abmahnkostenverjährung*); BGHZ 149, 371, 375 (*Mißbräuchliche Mehrfachverfolgung*).

⁴²⁸ BGH GRUR 2004, 789, 790 (*Selbstauftrag*); BGH GRUR 2013, 1259 Rn. 30 (*Empfehlungs-E-Mail*).

sowie in Hinweisen auf Entscheidungen, welche der Verbraucher ohne das Unternehmerverhalten nicht oder anders getroffen hätte in §§ 5, 5a UWG.

Im übrigen steht der – vornehmlich **wirtschaftliche** – **Präferenzenschutz** im
405 Mittelpunkt der auf den Verbraucher bezogenen Schutzziele des Lauterkeitsrechts. Soweit der Verbraucher nicht-wirtschaftliche Präferenzen zum Gegenstand seiner geschäftlichen Entscheidungen macht, ist er auch insoweit geschützt.⁴²⁹ Aussagen zu ethischen Standards oder zur – immateriellen – Exklusivität von Leistungen etwa müssen den verbraucherschützenden Standards des BGB genügen. Geschützt werden auch bereits erworbene Rechte (§§ 4a II Nr. 4, 5 I 2 Nr. 7 UWG, Nr. 27 Anhang UWG) einschließlich solcher aus Garantieverprechen (§ 5 I 2 Nr. 7 UWG).

Die **Versorgung** von Verbrauchern kommt hingegen als Ziel des
406 Lauterkeitsrechts kaum vor. Kontrahierungszwänge lassen sich bislang mit dem UWG nicht begründen.⁴³⁰ Auch aus Diskriminierungen von Verbrauchergruppen folgende Zugangshindernisse werden als solche durch das UWG nicht verboten; allerdings kann die durch § 3 IV UWG vorgenommene Differenzierung zugunsten verletzlicher(er) Verbraucher in Einzelfällen möglicherweise auch dazu führen, faires unternehmerisches Verhalten am Markt auch zum – überwiegend kommunikativen – Ausgleich von Nachteilen zu erzwingen.

Deutlicher ist das Schutzziel der **Preisfairneß** zu erkennen, wobei das UWG der
407 verbraucherrechtlichen Grundhaltung verpflichtet bleibt, daß die Preisbildung in ihrem Kern Sache des Marktes ist und das Recht auf die Sicherung des Preisbildungsprozesses beschränkt bleibt. Unlauter sind daher etwa zur Täuschung geeignete Angaben über Preisvorteile und die Art und Weise der Preisberechnung (§ 5 I 2 Nr. 2 UWG) oder die irreführende Werbung mit herabgesetzten Preisen und entsprechende Lockangebote (§ 5 IV und Nr. 5 Anhang UWG). Hinzu kommen Regeln zur Gesamtpreisangabe und zusätzlichen Kosten (§ 5a III Nr. 3 UWG).

Der **Integritätsschutz** ist hingegen im Lauterkeitsrecht die **Ausnahme**. Das gilt
408 vor allem für die körperliche Integrität.⁴³¹ **Anders** steht es mit dem Schutz der

⁴²⁹ Zu eng daher *Rittner/Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 8. Aufl. Heidelberg 2014, Rn. 86.

⁴³⁰ Zur Debatte um den früheren § 6d UWG a.F. s.o. Rn. 391.

⁴³¹ Richtig *Rittner/Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 8. Aufl. Heidelberg 2014, Rn. 85 mit dem berechtigten Hinweis, Andeutungen dienen dem Autonomieschutz.

personalen Integrität des Verbrauchers: § 7 UWG verbietet zwar nur solche belästigenden Handlungen, die seitens des Unternehmers geschäftliche Handlungen sind. Zudem schützt die Vorschrift auch die Präferenzen des Verbrauchers. Der Belästigungsschutz als solcher dient aber in großem Maße auch der Vermeidung von Persönlichkeitsrechtsverletzungen.⁴³² Das ergibt sich bereits daraus, daß jedenfalls § 7 II Nr. 1-3 UWG zu wesentlichen Teilen auf Art. 13 eDatenschutzRL 2002/58/EG beruhen.

VI. Lauterkeitsrechtliche Rechtsdurchsetzung

Bei aller eigenständigen Bedeutung des originären Lauterkeitsrechts erhält dieses seine **praktische Spitze** doch erst aus der Durchsetzungsfunktion. Diese 409 wird rechtspolitisch zwar – vor allem von den wissenschaftlichen Vertretern eines harten wettbewerbstheoretischen Ansatzes – vielfach kritisiert, ist aber aus der Praxis nicht wegzudenken. Die Mehrzahl der lauterkeitsrechtlichen Entscheidungen dürfte der Rechtsdurchsetzungsfunktion geschuldet sein. Sie füllt verbraucherrechtlich die durch die bislang schwache Ausbildung der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung entstandene Lücke. Im Gesetz stützt sie sich auf die **Transformationsnormen** der §§ 3a, 5a IV UWG.

1. Der Rechtsbruchstatbestand des § 3a UWG

Im Mittelpunkt der Durchsetzungsfunktion des Lauterkeitsrechts steht § 3a UWG. Danach handelt unlauter, „wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die 410 auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen.“ Mit dieser – § 823 II BGB nicht zufällig vergleichbaren – Transformationsnorm begründet das UWG **lauterkeitsrechtliche Effekte nicht-lauterkeitsrechtlicher (Bezugs-)Normen**.

Die Bestimmung hat eine lange und wechselvolle **Vorgeschichte**, die nicht frei von Übertreibungen bei Ausweitung und Einschränkung des Instruments ist. 411 Entstanden ist der Grundgedanke als Fallgruppe „Vorsprung durch Rechtsbruch“

⁴³² Auch insoweit ist die Norm aus der Perspektive des klassisch wettbewerblichen Ansatzes ein Fremdkörper im UWG. Das gilt freilich nur solange als Persönlichkeitsrechte nicht als handelbare Güter angesehen werden.

unter der bis 2004 geltenden Generalklausel von 1909. Seit der reichsgerichtlichen Rechtsprechung wurde die Fallgruppe stetig weiter auf neue Bezugsnormen ausgeweitet und so die heute nach § 8 III UWG Klagefugten zu „**Hilfspolizisten**“ auch des Verbraucherrechts gemacht. Formelle Einschränkungen vor allem der Klagebefugnis erwiesen sich zunächst als unzureichend. Als Wendepunkt hin zu einer stärkeren materiellen Eingrenzung der Fallgruppe darf dann die *Abgasemissionen*-Entscheidung des Bundesgerichtshofs⁴³³ gelten, welche eine zumindest sekundäre **wettbewerbsbezogene Schutzfunktion der Bezugsnorm** forderte. Im Rahmen der UWG-Reform von 2004 unternahm der Gesetzgeber mit § 4 Nr. 11 UWG a.F. den Versuch den Wettbewerbsbezug in der Kodifizierung der Fallgruppe festzuschreiben. Im Jahre 2015 folgte schließlich – im Rahmen der Aufteilung der Tatbestände des § 4 UWG a.F. die Übernahme in § 3a UWG, wobei zusätzlich das Erfordernis spürbarer Beeinträchtigung festgeschrieben wurde.

Bezugsnorm von § 3a UWG kann jede **gesetzliche Vorschrift** i.S.v. Art. 2
412 EGBGB und damit jede Rechtsnorm sein. Damit genügen Bundes- und Landesgesetze und -rechtsverordnungen ebenso wie die Normen des primären und sekundären Unionsrechts. Erfaßt sind aber auch etwa Satzungen von Gemeinden⁴³⁴, Kammern⁴³⁵ und Universitäten. Da § 3a UWG nicht allein dem Verbraucherschutz dient, ist ein Verbraucherschutzzweck der Bezugsnorm nicht erforderlich.

Bei der Bezugsnorm muß es sich um eine **Marktverhaltensregelung** handeln.
413 Zum Marktverhalten zählen das Angebot von und die Nachfrage nach Waren und Dienstleistungen, aber auch das Anbahnen von Geschäften durch Werbung sowie der Abschluß und die Durchführung von Verträgen.

Beispiele sind etwa das Verbot der Herstellung, der Behandlung und des Vertriebs bestimmter Lebensmittel nach §§ 5–10 LFGB und Art. 14 LebensmittelbasisVO Nr.178/2002⁴³⁶ oder das Verbot unerlaubten Anbietens von Rechtsdienstleistungen nach § 1 I 2 RDG.⁴³⁷ Weiter werden

⁴³³ BGHZ 144, 255.

⁴³⁴ BGH GRUR 2005, 960, 961 (*Friedhofsruhe*) für eine gemeindliche Friedhofssatzung.

⁴³⁵ BGH GRUR 2005, 520, 521 (*Optimale Interessenvertretung*) für die als Satzung durch die BRAK verabschiedete BORA.

⁴³⁶ BGH GRUR 2004, 1037, 1038 (*Johanniskraut*).

⁴³⁷ Noch zum RBerG: BGH GRUR 2005, 355, 356 (*Testamentsvollstreckung durch Steuerberater*); BGH GRUR 2007, 245, Rn. 15 (*Schulden Hulp*); BGH GRUR 2007, 978, Rn. 19 (*Rechtsberatung durch Haftpflichtversicherer*).

nach der Rechtsprechung auch Verstöße gegen § 475 BGB⁴³⁸, § 307 BGB⁴³⁹ sowie gegen Jugendschutzrecht⁴⁴⁰ von § 3a UWG erfaßt.

Nicht erfaßt werden hingegen Marktzutrittsregeln wie Zulassungserfordernisse, soweit sie nicht zugleich auch das Marktverhalten regeln. Letzteres ist etwa bei den Qualitätsstandards der Fall, welche in den juristischen Staatsexamina abgeprüft werden. Ebenfalls nicht erfaßt sind Regelungen, welche nicht das Marktgeschehen selbst, sondern dessen Vorfeld betreffen wie Steuerrecht, Umweltrecht, Arbeitnehmerschutz und Geistiges Eigentum.

Die Marktverhaltensregelung der Bezugsnorm muß zudem dem **Interesse der Marktteilnehmer** dienen und zwar denjenigen der Mitbewerber und der Marktgegenseite. An Mitbewerberinteressen soll nach herrschender Auffassung etwa das Ziel gleicher Marktbedingungen ausreichen (sehr str.). Die für das Verbraucherrecht wichtigeren **Interessen der Marktgegenseite** betreffen etwa die Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer oder deren allgemeinen Rechtsgüterschutz (str.). Hingegen sollen **nicht schon Allgemeininteressen** ausreichen. Durch die Berücksichtigung jeden Verbraucherinteresses und ist diese Fallgruppe aber weitestgehend ausgehöhlt. 414

Gegen die Marktverhaltensregelung muß ferner durch eine geschäftliche Handlung i.S.v. § 2 I Nr. 1 UWG **verstoßen worden** sein. Erforderlich ist dabei die vollständige Tatbestandsverwirklichung der Bezugsnorm. Anders als § 823 II 2 BGB fügt § 3a UWG dieser aber keine zusätzlichen subjektiven Merkmale hinzu. Täterschaft und Teilnahme am Rechtsbruch bestimmen sich im Rahmen von § 3a UWG analog § 830 II BGB. 415

Der Verstoß muß schließlich auch geeignet sein, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen. Diese **Spürbarkeit** der Beeinträchtigung wird nicht bereits durch den Gesetzesverstoß indiziert, sondern bedarf der besonderen Feststellung und Begründung aufgrund aller Umstände des Einzelfalls. Im Anwendungsbereich der **verbraucherschützenden** UGP-RL 2005/29/EG ist die Spürbarkeitsklausel zudem richtlinienkonform auszulegen. Daher muß die geschäftliche Handlung 416

⁴³⁸ BGH GRUR 2010, 1117 Rn. 24 ff. (*Gewährleistungsausschluß im Internet*).

⁴³⁹ BGH GRUR 2012, 949 Rn. 45 ff. (*Mißbräuchliche Vertragsstrafe*).

⁴⁴⁰ BGH GRUR 2007, 890 Rn. 35 (*Jugendgefährdende Medien bei eBay*) mit spannenden Zurechnungsfragen; BGH GRUR 2008, 534 Rn. 49 f. (*ueber18.de*).

geeignet sein, das wirtschaftliche **Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen**.

Wegen der **Vollharmonisierung des verbraucherschützenden**
417 **Lauterkeitsrechts** durch die UGP-RL 2005/29/EG ist die uneingeschränkte Anwendbarkeit von § 3a UWG zum Zwecke des Verbraucherschutzes nicht gegeben. Vielmehr hat **im Anwendungsbereich** der Richtlinie eine **Korrektur von § 3a UWG über § 3 II, IV UWG** stattzufinden.⁴⁴¹ Die geschäftliche Handlung muß also zusätzlich im konkreten Fall geeignet sein, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen, weil das deutsche Recht ansonsten im Schutz über die Richtlinienvorgaben hinausginge.⁴⁴²

Soweit die Richtlinie hingegen **keine Vollharmonisierung** bewirkt, bleibt es bei
418 der uneingeschränkten Anwendung von § 3a UWG. Das gilt zunächst einmal für das gesamte **Vertragsrecht**, welches Art. 3 II UGP-RL mit einer Unberührtheitsklausel versieht. Diese Ausnahme gilt unabhängig davon, ob es sich um autonomes mitgliedstaatliches Vertragsrecht oder um Regeln zur Umsetzung von Richtlinien handelt. Daher lassen sich auch Verstöße gegen die Umsetzungsnormen der AGB-Richtlinie 1993/13/EG in §§ 307 ff. BGB über § 3a UWG durchsetzen.⁴⁴³ Für verbrauchervertragsrechtliche Richtlinienbestimmungen mit offener Rechtsfolge hält § 3a UWG ebenfalls einen Durchsetzungsmechanismus bereit.⁴⁴⁴ Für Informationspflichten wird die Vorschrift hingegen ohnehin durch § 5a IV UWG verdrängt. § 3a UWG gilt aber für nationale Regelungen zum **Sicherheits- und Gesundheitsschutz** (Art 3 III UGP-RL)⁴⁴⁵ sowie spezifische Regelungen für **reglementierte Berufe** (Art 3 VIII

⁴⁴¹ Ständige Rspr. s. BGH GRUR 2009, 845 Rn. 38 (*Internet-Videorecorder*); BGH GRUR 2010, 652 Rn. 11 (*Costa del Sol*); BGH GRUR 2010, 1117 Rn. 16 (*Gewährleistungsausschluss im Internet* [zu § 475 I 1 BGB]); BGH WRP 2012, 1086 Rn. 47 (*Missbräuchliche Vertragsstrafe* [zu §§ 307 ff. BGB]); BGH GRUR 2014, 1208 Rn. 11 (*Preis zuzüglich Überführung* [zu § 1 I 1 PAngV]); BGH WRP 2015, 1464 Rn. 19 (*Der Zauber des Nordens* [zu § 1 PAngV]).

⁴⁴² Ohly/Sosnitza/Ohly § 3a Rn. 7b.

⁴⁴³ Vgl. BGH NJW 2012, 3577.

⁴⁴⁴ Vgl. BGH NJW 2011, 76.

⁴⁴⁵ Dazu BGH GRUR 2013, 958 Rn. 11 (*Vitalpilze*); BGH GRUR 2015, 611 Rn. 15 (*RESCUE-Produkte*); BGH GRUR 2015, 813 Rn. 11 (*Fahrdienst zur Augenklinik*).

UGP-RL)⁴⁴⁶. Weitere Ausnahmen ergeben sich möglicherweise aus den Erwägungsgründen zur Richtlinie.⁴⁴⁷

Besonders spannend für die künftige Behandlung von § 3a UWG ist schließlich die Behandlung **anderer unionrechtlicher Regelungen**, „die **besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken** regeln“. Diesen räumt Art. 3 IV UGP-RL Vorrang kraft Spezialität ein. Der Europäische Gerichtshof hat von dieser Regelung bereits sehr großzügig Gebrauch gemacht und die UGP-RL im Anwendungsbereich der PreisangabenRL 98/6/EG, also für die Angabe von Verkaufspreisen, ganz generell für unanwendbar gehalten.⁴⁴⁸ Im Hinblick auf Art. 7 V UGP-RL 2005/29/EG ist dies für Informations- und Transparenzpflichten – also für den Anwendungsbereich von § 5a IV UWG – zumindest fragwürdig.⁴⁴⁹ 419

2. Irreführung durch unterlassene Information, § 5a IV UWG

Eine ganz eigene Durchsetzungsregelung enthält § 5a IV UWG für die Irreführung von Verbrauchern durch **Vorenthalten von „Informationen**, die dem Verbraucher auf Grund unionsrechtlicher Verordnungen oder nach Rechtsvorschriften zur Umsetzung unionsrechtlicher Richtlinien für kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing nicht vorenthalten werden dürfen.“ Dabei handelt es sich um eine Sondersituation im Rahmen des Verbots irreführender Praktiken, für welche § 5 I 1 UWG den Grundtatbestand enthält und der durch § 5a UWG für die Fälle der Irreführung durch Unterlassen näher konkretisiert wird. Dies erfolgt unter anderem durch den zitierten **Verweis auf die Fülle unionsrechtlicher Informationsgebote** in § 5a IV UWG, die dementsprechend (auch) über das lauterkeitsrechtliche Irreführungsverbot durchgesetzt werden. Im Unterschied zu § 3a UWG ist dieser Durchsetzungsmechanismus in Art. 7 V UGP-RL 2005/29/EG ausdrücklich vorgesehen. Die Vorschrift verdrängt dementsprechend richtigerweise auch § 3a UWG, dem eine Durchsetzung von Informationspflichten nunmehr vollständig entzogen ist (str.). 420

⁴⁴⁶ Dazu BGH GRUR 2015, 1237 Rn. 19 (*Erfolgspremie für Kundengewinnung*).

⁴⁴⁷ Siehe Erwägungsgrund 7 UGP-RL (gesetzliche Anforderungen in Fragen der guten Sitten und des Anstands) sowie Erwägungsgrund 9 UGP-RL (Regelung des Glücksspielwesens).

⁴⁴⁸ EuGH, 7. 7. 2016, C-476/14 – *Citroën*.

⁴⁴⁹ S. sogleich Rn. 412.

§ 5a IV UWG hat einen **sehr weiten Anwendungsbereich**. Trotz der scheinbar
421 einengenden Bezugnahme auf die „kommerzielle Kommunikation einschließlich
Werbung und Marketing“ wird praktisch der gesamte Bereich unionsrechtlich
begründeter Informationspflichten erfaßt. Das belegt die – durch Art. 7 V
ausdrücklich als nicht abschließend gekennzeichnete – Liste in Anhang II zur
UGP-RL 2005/29/EG. Diese umfaßt insbesondere die wichtigsten
verbraucherschützenden vorvertraglichen Informationspflichten des
Unionsrechts, ferner das Preisangabenrecht der Union sowie zahlreiche
Rechtsakte betreffend Finanzdienstleistungen. Die Liste gibt damit hinreichende
Anhaltspunkte dafür, daß sie auch auf nachfolgende erlassene
Informationspflichten des Unionsrechts praktisch durchgehend Anwendung
findet. Das schließt etwa die Informationspflichten nach Artt. 246 ff. EGBGB ein,
soweit sie auf Unionsrecht beruhen. Dasselbe gilt für die in der
DienstleistungsinformationspflichtenVO umgesetzten Informationspflichten nach
Art. 22 DienstleistungsRL 2006/123/EG.